

인권정보자료실
Ib1.9

국제형사재판소 규정 발효 기념 학술회의

- 일 시: 2002년 7월 2일(화) 14:00~18:00
- 장 소: 국가인권위원회 배움터(시청 옆 금세기 빌딩 11층)

주최: 국제인권법학회 · 참여연대 사법감시센터
후원: 국가인권위원회

국제형사재판소 규정 발효 기념 학술회의

2002.7

Ib1.9

참여연대 인권
감시 센터

국제형사재판소 규정 발효

기념 학술회의

■ 일 시: 2002년 7월 2일(화) 14:00~18:00

■ 장 소: 국가인권위원회 배움터(시청 옆 금세기 빌딩 11층)

주최: 국제인권법학회 · 참여연대 사법감시센터

후원: 국가인권위원회

국제형사재판소 조약준비위원회

의료술회 세미나

1995년 11월 10일 (월) 18:00

(총회) 서울대학교 법학관 3005호

주최: 한국법률학회, 한국법학진흥회

후원: 서울대학교

일정

1:40~2:00 등록

2:00~3:45 제 1부

개회사

축사

발표 1: 국제형사재판제도의 발전 역사

..... 정인섭(서울대학교)

발표 2: 국제형사재판소의 관할권 행사의 구도

..... 최태현(한양대학교)

토론: 김성준(국가인권위원회)

이국운(한동대학교)

3:45~4:00 휴식

4:00~5:50 제 2부

발표 3: 국제형사재판소의 관할대상범죄

..... 김영석(아주대학교)

발표 4: 국제형사재판소조약 비준을 위한 국내법의 정비방향

..... 조용환(변호사)

토론: 남관표(외교통상부 조약국 심의관),

백기봉(법무부 검사)

조국(서울대학교)

폐회사

백충현(국제인권법학회 회장, 서울대학교)

목 차

국제형사재판제도의 발전 역사	정 인 섭
1. 서	1
2. 초기의 논의와 제1차 대전	2
3. 제2차대전과 전범재판	5
4. 유엔의 특별형사재판소 설립	10
5. 절충형 특별재판소	18
6. 국제형사재판소의 탄생	26
국제형사재판소의 관할권 행사의 구도	최 태 현
I. 서론	29
II. 관할권의 결정과 행사에 관한 제도	30
III. 제소장치	45
IV. 재판적격성에 관한 제도	50
V. 결 론	60
국제형사재판소의 관할대상범죄	김 영 석
I. 서 론	63
II. 집단살해죄	65
III. 인도에 반한 죄	69
IV. 전쟁범죄	84
V. 침략범죄	93
VI. 범죄구성요건(Elements of Crimes)	95
VII. 로마규정관련 미국의 입장	97
VIII. 관련문제	99
IX. 결 론	101
첨부: 로마규정 제8조	104

국제형사재판소조약 비준을 위한 국내법의 정비방향	조 용 환
1. 서 론	109
2. 국제형사재판소조약에 의한 당사국의 의무와 국내법 정비의 방향	110
3. 비인도적 범죄의 처벌을 위한 실체법상의 의무	117
4. 국제형사재판소의 수사과 재판에 대한 협력의무 이행	131
5. 관련 법률의 개정 및 보완	152
6. 맺는 말	165

국제형사재판제도의 발전 역사

정인섭(서울대학교 법과대학)

목 차

- 1. 서
- 2. 초기의 논의와 제1차 대전
- 3. 제2차 대전과 전범재판
- 4. 유엔의 특별형사재판소 설립
- 5. 절충형 특별재판소의 등장
- 6. 국제형사재판소의 탄생

1. 서

2002년 7월 1일 국제형사재판소 규정의 발효는 국제법의 발전에 있어서 새로운 이정표를 기록하는 날이다. 이 날은 인류가 최초로 국제법상 개인의 형사 책임을 물을 수 있는 상설적 제도를 마련하게 된 날이다. 국제법상의 범법행위를 한 개인을 국제사회가 직접 처벌할 방법이 없다는 사실은 오랫동안 국제법의 법으로서의 구조적 약점으로 지적되어 왔었다. 국제형사재판소의 창설은 이러한 국제법상의 약점의 하나를 치유하는 첫 걸음이 될 것이다.

국제형사재판소의 창설 이전에도 국제사회는 간헐적인 국제형사재판을 실시한 바 있었다. 그러나 과거의 국제형사재판은 특정한 전쟁이나 특정한 국가에서 벌어진 사태만을 대상으로 한 예외적 처리사례에 불과하였다. 이미 발생한 범죄에 대한 사후적 처리제도였으며, 한정된 목적만 달성하면 사라지는(사라질) 제도에 불과하였다. 반면 이제 발족하게 된 국제형사재판소는 미래의 국제범죄를 처리하기 위한 제도이다. 누가 이 재판소에서 재판을 받게 될지는 전혀 예

측이 불가능한 상태이다. 인류 누구도 이 재판소의 재판에 회부될 가능성이 있다. 그런 의미에서 국제형사재판소의 탄생은 제1차 대전 이후 국제연맹이 상설 국제사법재판소라는 일류 최초의 상설적 국제재판소를 설립한 것과 비견될만한 사건이다.

국제형사재판소의 탄생은 어느 날 갑자기 하늘에서 떨어지듯 나타난 신기한 발명품은 아니다. 국제사회의 중대한 법익을 침해한 범법자를 국제사회가 직접 처벌함으로써 국제평화를 달성하고자 한 많은 선각자들의 노력의 결실이다. 최근을 돌이켜 보면 냉전 종식 이후 구유고와 르완다 국제형사재판소의 설립으로 상징되는 국제형사법의 급격한 변화와 발전의 성과이기도 하다. 이하 본고에서는 오늘의 국제형사재판소가 탄생하기까지 국제형사재판제도는 어떠한 역사적 발전과정을 거쳐 왔는가를 살펴 보기로 한다.

2. 초기의 논의와 제1차 대전

국제형사재판은 전범의 처벌을 계기로 하여 발전하였다. 전쟁범죄자에 대한 처벌은 고대부터 존재하였던 것으로 알려져 있다. 전범의 처벌은 대체로 승자의 국내법정을 통하여 이루어졌고, 이는 균형 잡히고 공정한 재판이 못되는 경우가 많았다.

현재까지 알려진 최초의 국제형사재판의 기록은 1474년 독일 Breisach에 설치된 부루군디(Brugundy) 총독 Peter von Hagenbach에 대한 재판이다. 그는 원래 Upper Rhine의 Burgundy의 Charles 공작이 임명한 총독이었는데, 그의 군대가 Breisach를 점령하였을 때 수많은 무고한 시민을 살해, 강간, 재산 파괴를 하였다는 이유에서 神과 인도법에 대한 범죄로 재판에 회부되었다. 그는 주민에게 위세를 과시하기 위하여 그러한 행동을 하였다고 한다. 결국 주민의 반란 끝에 도망가던 그는 오스트리아에서 체포되어 알자스, 스위스, 기타 신성 로마 제국 회원국 대표 등 28명으로 구성된 국제재판소의 재판에 회부되었다. 재판 과정에서 자신은 주군의 지시에 따랐을 뿐이라고 주장하였으나, 재판부는 그에게 사형을 선고하였다.¹⁾ 그러나 이러한 단발적 사례도 1648년 웨스트팔리아

체제 성립 이후 국가 주권 절대의 원칙 아래 더 이상 계속되지 못하였다.

19세기 중엽 이후 전쟁법 개념의 발전은 비인도적 행위에 대한 국제적 처벌에 관하여 다시 관심을 소생시키었다. 국제적십자 운동의 창설자의 한 사람인 Gustav Moynier는 적십자 협약과 기타 인도주의적 규범을 위반한 자를 처벌하기 위한 국제형사재판소 창설을 제의하였다. 19세기만 하여도 이러한 제안은 국제사회가 받아들이기에는 지나치게 급진적이었다.²⁾

두 차례의 헤이그 만국평화회의에서 전쟁법의 상당수를 成文化하는데 성공하였던 국제사회는 제1차 대전을 계기로 국제형사재판에 대하여 새로운 관심을 갖게 되었다. 제1차 대전후 연합국은 패전국의 전쟁범죄를 조사할 국제조사위원회를 설립하였다.³⁾ 전범 처벌에 대하여 특히 영국의 여론이 적극적이었으나, 파리 평화회의에서 연합국은 전범재판에 대한 법적 근거와 이것이 과연 현명한 일인가에 대하여 많은 논란을 벌였다. 미국이 특히 전범에 대한 국제재판은 事後立法에 의한 처벌이라며 반대하였다. 이는 법의 문제가 아니라 단지 도덕의 문제라고 주장하였다. 타협책으로 마련된 내용이 독일 황제 빌헬름 2세만은 “국제도덕과 조약의 신성성에 대한 최고의 범죄”를 저지른 혐의로 특별재판소에 회부된다는 베르사이유 조약 제227조였다. 또한 제228조와 제229조는 전쟁법을 위반한 독일군은 연합군사재판소나 연합국중 어느 국가의 군사재판소에서 재판을 받도록 규정하였다. 국제조사위원회는 1920년 보고서를 완성하고, 895명에 이르는 연합군사재판소의 재판대상자 명단을 작성하였다.

그러나 베르사이유 조약의 戰犯處罰 조항은 실천되지 못하였다. 독일의 빌헬름 2세 황제는 그의 사촌이 왕으로 있는 중립국 네델란드로 도망하였고, 네델란드는 연합국의 신병인도 협의요청에 응하지 않았다. 연합국은 네델란드를 비난하였으나, 그렇다고 하여 공식 인도요청을 한 것도 아니었으므로 인도요청이

1) J. Oppenheimer & W. van der Wolf ed., Global War Crimes Tribunal Collection Vol.III The Tribunal of the Future(Global Law Association, 2000), pp.14-15; V. Morris & M. Scharf, An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Vol.1(Transnational Publisher, 1994), p. 1.

2) W. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court(Cambridge University Press, 2001), p. 2.

3) 정식 명칭은 The Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on Enforcement of Penalties.

공식으로 거부된 사실도 없었다. 전승국 역시 국가원수를 전범으로 처벌할 각오는 아직 부족하였던 것이다.

전쟁범규를 위반한 독일군을 처벌하려는 군사재판소 역시 설치되지 않았다. 1921년이 되자 연합국은 자신이 독일 전범을 처벌하기 보다는, 독일 스스로가 일정한 수를 처벌하도록 하는 선에서 이 문제를 마무리 지우려 하였다. 연합국의 요청에 따라 독일은 베르사이유 조약 제228조와 제229조를 이행하기 위하여 라이프찌히에 위치한 독일 대법원이 전범을 처벌하도록 하는 국내법을 새로 제정하였다. 이 때 전범의 기소 여부에 대한 재량권을 독일 스스로가 가졌다. 라이프찌히에서의 재판은 1921년 5월부터 시작되었다. 국제조사위원회가 전범재판 대상으로 선정한 895명중 연합국은 45명만을 독일에게 처벌하도록 요청하였고, 독일은 그중 불과 12명을 기소하여, 단 6명만이 비교적 미약한 형량의 유죄판결을 받았다. 라이프찌히 재판의 결과는 상징적 행위에 그치었다. 또한 연합국중 어느 국가도 자국 군사재판소를 통한 독일 전범의 처벌을 시도하지 않았다. 연합국은 국제사회에 협조적인 바이말 공화국의 허약한 국내정치적 기반이 독일인 전범 처벌로 더 이상 위태로워 질 것을 우려하였던 것이다.⁴⁾

한편 전쟁 진행중부터 연합국은 1915년에 발생한 아르메니아인 학살에 책임이 있는 터키인의 처벌이 있어야 한다고 주장하였다. 1915년 5월 28일 프랑스, 영국, 러시아 정부는 터키의 행위가 人道와 文明에 반하는 범죄라고 주장하며, 관계자는 개인적 책임을 져야 한다고 선언하였다. 이는 人道에 反하는 범죄라는 용어가 국제문서에 등장한 최초의 예였다.⁵⁾ 이어 1920년 체결된 터키와의 세르브 평화조약 제226조 내지 제230조는 인도주의법에 반하는 범죄를 저지른 자를 터키가 인도하기로 규정하였으나, 이 조약은 터키의 비준 거부로 발효되지도 못하였다. 1923년 7월 24일 터키와 새로이 체결된 로잔느 평화조약은 1914년 8월 1일부터 1922년 11월 20일 사이 벌어진 모든 범죄에 대한 사면선언을 포함하고 있었다. 연합국은 서구에 호의적인 터키의 신정권이 전범 처벌 문제로 곤경에 빠지기를 원하지 않았던 것이다.⁶⁾

4) J. Oppenheim & W. van der Wolf ed.(전계주 1), p.19.

5) K. Kittichaisaree, International Criminal Law(Oxford University Press, 2001), p. 85.

6) J. Oppenheim & W. van der Wolf ed.(전계주 1), pp.16-19.

1923년이 되자 제1차 대전의 전범을 처벌하자는 국제여론은 점차 사라져 버렸다. 연합국은 모두 자국 국내문제에만 몰두하였고, 미국은 국제연맹에 참여하지도 않았다. 유럽의 정치 지도자들은 제1차 대전과 국제연맹의 탄생으로 유럽에서는 더 이상의 大戰이 발생하지 않으리라 기대하였다. 正義의 추구보다는 미래의 平和가 더욱 중요하다고 생각하였다.⁷⁾ 전범에 대한 처벌보다는 과거의 봉합을 통한 국제질서의 안정을 택하였다. 결국 제1차 대전 책임자에 대한 국제형사재판은 실현되지 못하였다.

한편 국제연맹이 상설국제사법재판소의 설립 준비를 위하여 설치한 법률자문위원회의 Descamps 위원장은 “문명국가는 물론 公共의 양심과 문명국가의 법률적 양심의 명령에 의하여 승인된 범죄”에 관하여 관할권을 부여하자고 제의하였으나, 국제연맹 총회 제3위원회는 이 생각이 아직은 받아들이기 어렵다고 판단하였다. 국제적 학술단체의 노력을 밀거름으로 국제연맹은 1937년 국제형사재판소 설치에 관한 협약을 채택하기도 하였으나, 이 역시 조약으로 성립되지는 못하였다.⁸⁾

3. 제2차대전과 전범재판

가. 뉴렘베르크 국제군사재판소

국제형사재판에 있어서 본격적인 전기를 마련한 사건은 제2차 대전이었다. 1942년 연합국은 런던에서 국제연합 전범조사위원회를 설치하기로 합의하였다.⁹⁾ 당시 17개국 대표가 이에 합의하였으나, 그 대부분은 런던내 망명정부의 대표였다. 영국의 Cecil Hurst가 위원장으로 선임되었으나, 아직 연합국은 불투명한 전황 전개에만 관심을 기울이고 있었다. 1942년 말까지 위원회는 사실상 별다른 활동을 하지 못하였다.

1943년 10월 1일 연합국 수뇌는 모스크바에서 회동하여 전후 독일과 일본의

7) J. Oppenheim & W. van der Wolf ed.(전계주 1), pp. 19-20.

8) Convention for the Creation of an International Criminal Court.

9) 정식 명칭은 The United Nations Commission for the Investigation of War Crimes.

정치 및 군사 지도자는 침략전쟁에 대한 대가로 재판에 회부될 것이라고 발표하였다. 당초 영국의 처칠은 히틀러나 히믈러 같은 독일 수뇌부는 죄상이 너무도 명백하므로 정식의 재판에 회부하기 보다는 약식절차를 통한 처벌을 주장하였다. 그는 재판정이 전범혐의자들의 자기 변호의 선전장이 될 것을 우려하였다. 그러나 스탈린이 국제재판소 설치를 강력히 주장하였고, 미국과 프랑스도 이에 동조하였다. 이들은 전범재판이 역사를 기록하고, 세계에 대한 교육의 장이 될 것이라고 판단하였다. 이후 국제전범조사위원회 작업은 활기를 띠어 모두 8178건의 전범 파일을 만들었다. 그러나 이 작업이 후일 전범 재판과 직접 연결되지는 않았다.¹⁰⁾

한편 위원회는 1944년 9월 국제연합전범재판소 설립 초안을 작성하여 발표하였는데,¹¹⁾ 이 초안은 미국, 영국, 프랑스, 소련 4개국의 작업 결과였다. 그 내용은 주로 국제연맹에서 작성된 1937년 협약에 바탕을 둔 것이었다. 이어 유럽에서의 제2차 대전이 끝난 1945년 8월 8일 미국, 영국, 프랑스, 소련 대표는 독일군 수뇌를 처벌할 국제군사재판소 설치에 합의하는 런던협정을 채택하였고,¹²⁾ 이의 부속서로 국제군사재판소 헌장도 채택되었다.¹³⁾ 이 협정에는 후일 모두 19개국이 추가로 가입하였다.¹⁴⁾

독일군 전범 처벌을 위한 국제군사재판소는 뉴렘베르크에 설치되었다. 재판부는 미국, 영국, 프랑스 및 소련이 각각 추천한 4명의 판사로 구성되었으며, 수석 검사 역시 4개국이 각각 1명씩 추천하였다. 재판소는 유럽 주축국의 이익을 위하여 활동하면서 다음의 범죄를 범한 자를 처벌대상으로 하였다.

“(a) 평화에 반하는 죄 : 즉, 침략 전쟁 또는 국제 조약, 협정, 보증을 위반한 전쟁의 계획, 준비, 개시, 수행 또는 전술한 어떤 것이든 달성하기 위

10) J. Oppenheim & W. van der Wolf ed.(전계주 1), p. 21.

11) Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court.

12) Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis.

13) Charter of the International Military Tribunal.

14) 그러나 당초의 서명국인 미, 영, 프, 소 4개국 이외의 당사국은 국제군사재판소 운영에 아무런 관여도 할 수 없었으며, 가입은 단지 공식적 지지 표명으로서의 의미만을 지니고 있었다.

한 공동 계획이나 모의에의 참여.

(b) 전쟁범죄 : 즉, 전쟁법이나 관습의 위반. 그러한 위반은 점령지에 속하거나 소재한 민간인 집단에 대한 살해, 학대 또는 노예노동이나 그 밖의 목적을 위한 국외추방, 전쟁 포로나 해상에 있는 자의 살해 또는 학대, 인질 살해, 공적·사적 재산의 약탈, 도시, 마을 또는 촌락의 무차별한 파괴, 또는 군사적 필요에 의해 정당화되지 않는 황폐화 등을 포함하나 이에 한정되지 않는다.

(c) 인도에 반하는 죄 : 즉, 범죄가 행해진 국가의 국내법의 위반이든 아니든, 재판소의 관할권에 속하는 어떤 범죄의 수행이거나 그 범죄와 관련된, 전쟁 전 혹은 전쟁 중에 민간인 집단을 대상으로 범하여진 살해, 절멸, 노예화, 국외추방, 그 밖의 비인도적 행위 또는 정치적, 인종적, 종교적 박해.”¹⁵⁾

1945년 10월 24명의 나치 수뇌에 대한 기소가 이루어졌고, 그 다음 달부터 재판이 진행되었다. 약 1년간의 재판 끝에 19명에 대하여 유죄판결이 내려졌고, 그중 12명은 사형판결을, 3명은 종신형을 선고받았다.

뉴렘베르크 국제군사재판은 국제형사재판제도의 발전 역사상 여러 가지 이정표를 세운 사건이었다. 이 재판을 통하여 최초로 평화에 대한 죄와 人道에 반하는 죄가 국제범죄로 처벌되었다. 특히 人道에 반하는 죄는 전쟁 전에 벌어진 행위도 대상에 포함하였으며, 국내법상 합법적인 행동인 경우에도 처벌대상이 되었다. 재판과정에서 재판소 헌장이 혐의사실 발생 이후에 채택된 事後立法이라는 주장이 제기되었으나, 재판부는 이 내용이 1907년 헤이그 협약 등에 의하여 이미 국제법상 확립된 내용의 표현이라며 수락하지 않았다. 또한 국가 원수 또는 여타의 공적 지위에 있었기 때문에 범죄행위에 참여하게 되었다는 사실이 면책사유로 인정되지 않았으며, 피고인이 자신의 정부나 상관의 명령에 따라 행동하였을 뿐인 경우에도 면책이 인정되지 않고, 단지 책임 경감사유로만 고려되었다.¹⁶⁾

뉴렘베르크 재판은 진정한 의미의 국제형사재판의 효시였다. 이 재판은 인류

15) 국제군사재판소 헌장 제6조.

16) 국제군사재판소 헌장 제7조 및 제8조.

에 대한 심각한 범죄를 저지른 자에 대한 개인적 형사책임을 추궁한 선례로 작용하게 되었으며, 이 재판소의 재판 내용은 향후 국제범죄 처벌의 기본원칙을 제공하였다. 뉴렘베르크 재판의 원칙에 대하여는 1946년 유엔 총회 결의를 통하여 국제사회의 지지가 재차 확인되었다.¹⁷⁾ 이중 인도에 반하는 죄의 개념은 1948년 제노사이드 협정의 채택으로 발전되었고,¹⁸⁾ 전쟁범죄의 개념은 1948년 제네바 협정으로 구체화되었다.

한편 연합국은 1945년 12월 국제군사재판소 헌장을 다소 수정한 통제위원회법 제10호(Control Council Law No.10)도 제정하였다. 이는 연합국이 자신의 점령구역내에서 전범재판을 실시할 근거를 제공하기 위하여 제정된 법으로서, 아울러 이후 수십년간 독일의 국내재판소에 의한 전범처벌의 근거를 제공하기도 하였다. 이를 근거로 연합국은 점령지내에서 개별적으로 전범처벌을 위한 재판소를 설치하였으므로, 이는 국제재판소라기보다는 국내재판소의 성격을 지니고 있었다. 처벌대상은 국제군사재판소 헌장과 유사하였다. 대체로 약 1000명의 전범이 이를 통하여 재판받았으나, 전범처벌에 임하는 태도는 연합국별로 차이가 있었다.

나. 동경 국제군사재판소

4개 연합국이 공동으로 점령하였던 독일과 달리 일본은 미국이 단독으로 점령하였으며, 전범의 처리도 미국의 주도로 처리되었다. 1946년 1월 19일 동경의 맥카서 연합군 총사령관은 극동군사재판소 설치령을 공포하였다. 독일전범 처벌을 위한 재판소가 조약을 근거로 설립된 것과 달리, 일본인 전범 처벌을 위한 재판소의 설치근거는 점령군 사령관의 포고령이었다.

재판부는 11개국 출신으로 구성되었으나, 맥카서 사령관이 재판소장과 판사의 임명권자였다. 1) 평화에 대한 죄 2) 전쟁범죄 3) 인도에 반하는 죄를 처벌대상 범죄로 하였으나, 그 세부사항에서는 뉴렘베르크 국제군사재판소의 경우

17) 유엔 총회 결의 95(I) (1946. 12. 11). Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nurnberg.

18) Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. 1948년 12월 9일 채택, 1951년 1월 12일 발효, 1951년 1월 12일 대한민국에 적용.

와 약간의 차이가 있었다. 국제재판이기는 하였으나, 미국의 군사법정과 같이 운영되어 맥카서는 유죄판결자에 대하여 형량을 완화시켜 줄 수 있었고, 그의 권한하에서 사면과 가석방도 가능하였다. 동경 국제군사재판소가 미국의 포고령을 통하여 설치된 이유는 아마도 미국이 재판소 운영에 관한 전적인 통제권을 확보하기 위하여 조약을 통한 타국의 참여, 특히 소련의 영향력 행사를 원하지 않았기 때문이었다고 판단된다.¹⁹⁾

1948년 11월 12일 기소된 A급 전범 25명 전원이 유죄판결을 받았으며, 그중 7명은 사형, 16명은 무기형, 1명은 20년형, 1명은 7년형을 받았다. 그러나 이들 25명 이외의 여타 A급 전범들은 모두 석방되었고, 일본에 대한 전쟁책임 추궁을 실종되었다. 미군정 당국은 1951년 6월 20일 구정계 및 재계인사, 고위 군인 2,958명에 대한 공직 추방을 해제하였고, 8월 6일에는 다시 구 일본군 장교 11,185명에 대한 추방을 해제하였다. 징역형을 받은 A급 전범은 어느 누구도 형기를 다 채우지 않았으며, 1958년을 지나면서 형무소에 남아 있는 자는 더 이상 없었다. 제2차 대전후 미소 냉전이 격화되자 미국은 일본을 단죄하기 보다는 동아시아의 반공보루로 구축하려는 정치적 목표를 더욱 앞세웠던 것이다.

동경에서의 A급 전범에 대한 재판과는 별도로 미국, 영국, 호주, 네델란드, 프랑스, 필리핀, 중국 7개국 49개 법정에서는 일본인 BC급전범 5700명에 대한 개별국가별 재판이 진행되었다. 그중 984명이 사형판결을 받아 920명에 대하여 실제 사형이 집행되었고, 475명은 무기형을 선고받았다. BC급 전범에는 한국계 전범 148명도 포함되어 있었으며, 그중 23명은 사형을 당하였다.²⁰⁾

다. 이탈리아 전범의 처리 문제

뉴렘베르크 국제군사재판소나 연합국 통제위원회법 제10호는 독일인을 대상으로 한 것이었다. 또 다른 주축국인 이탈리아에 대하여는 전범 처벌을 위한 어떠한 국제적 움직임도 없었다. 당초 이탈리아가 미국, 영국 등과 체결한 항복조약에는 전범의 처벌과 인도의무에 관한 조항이 삽입되어 있었다. 당시 국

19) J. Oppenheim & W. van der Wolf ed.(전계주 1), p.26.

20) 졸저, 재일교포의 법적 지위(서울대학교 출판부, 1996), p. 465 이하 참조.

제연합 전범조사위원회는 약 750명의 이탈리아인 전범목록을 작성하였다. 실제 에티오피아, 그리스, 리비아, 유고슬라비아 정부는 항복조약 제29조에 근거하여 이탈리아인 전범의 인도를 요청하였으나, 미국과 영국은 이러한 요구를 묵살하였다. 1946년 이탈리아 정부가 들어서자 전범 인도 요청에 응하지 않겠다는 의사를 밝히었다. 냉전시절 서방측은 이탈리아에서 개혁된 파시스트가 공산주의자에 대한 대항세력이 될 수 있으리라 생각하였으며, 전범 처벌이 이탈리아의 취약한 신 정권을 위태롭게 할 것을 우려하였다. 이탈리아의 경우도 정치적 고려가 法的正義의 추구를 압도한 사례이다.²¹⁾

4. 유엔의 특별형사재판소 설립

가. 구유고 국제형사재판소

제2차 대전 전범 처벌 이후 오랫동안 국제사회에서 모습을 감추었던 국제형사재판은 냉전 종식 이후 부활되었다. 그 첫번째 대상 지역은 유고슬라비아였다.

유고슬라비아가 위치한 발칸 반도는 아시아와 유럽을 연결하는 길목에 위치하여 항상 많은 정복자의 목표가 되었던 지역이다.²²⁾ 오랫동안 오스만 터키의 지배를 받던 발칸 반도에서는 19세기 초엽부터 유럽에서의 정치적 격변의 영향으로 세르비아 민족주의 운동이 크게 확산되었다. 세르비아 민족주의자들은 발칸 전체를 자신들이 통합하여야 한다는 대세르비아 주의를 꿈 꾸었다. 이후 현재까지 발칸의 민족분쟁은 대세르비아 주의와 세르비아의 지배에 반대하는 여타 개별 민족주의간의 대립이 근본을 이룬다.

제2차 대전후 유고슬라비아에서는 티토를 중심으로 한 공산정권이 수립되었다. 티토는 유고슬라비아를 세르비아, 크로아티아, 슬로베니아, 보스니아헤르체

21) J. Oppenheim & W. van der Wolf ed.(전계주 1), p.25.

22) 이하 유고슬라비아 사태의 전개는 M. Bassiouni & P. Manikas, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia(Transnational Publishers, Inc. 1996), pp. 5-51을 참조한 내용임.

고비나, 마세도니아, 몬테네그로의 6개 공화국을 구성국으로 하는 연방국가로 건설하였다. 코소보는 세르비아 내 자치주로 설치되었다. 강력한 통치력으로 전후 유고슬라비아를 지배하던 티토가 1980년 5월 4일 사망하였다. 사망후 초기에는 유고슬라비아가 비교적 순조롭게 운영되었으나, 동구 공산주의의 몰락과 경제불황이 닥치자 점차 통합적 정치지도력不在의 상태로 빠지었다.

드디어 1991년 6월 25일 슬로베니아와 크로아티아 의회는 독립 결의를 채택하였고, 다른 공화국의 독립 선언도 뒤를 이었다. 이후 유고슬라비아는 본격적인 내전상태로 돌입하였다. 전투는 세르비아가 중심인 유고 연방군과 개별 공화국간에 벌어지는 한편, 각 공화국내 세르비아인 등 타민족들은 민병대를 조직하여 해당 공화국군에 대항하는 등 복잡한 양상으로 전개되었다. 세르비아는 타 공화국내 세르비아인 민병대를 실질적으로 지원하였다. 타공화국내 세르비아인들은 자신의 거주지역을 세르비아인만의 거주지로 만들고, 이 지역을 실질적으로 세르비아 공화국에 연결통합시키려 하였다. 이 과정에서 악명 높은 인종청소가 자행된 것이다.

인종청소란 무력이나 위협을 통하여 일정 주민을 축출함으로써 특정지역을 인종적으로 단일한 지역으로 만드는 행위를 말한다. 유고 전쟁시 모든 민족이 이에 참여하기는 하였으나, 실제 인종청소의 90%는 세르비아인이 저질렀다고 한다. 다른 민족의 인종 청소가 비교적 단발적 사건으로 구성되었다면, 세르비아측의 인종청소는 당국의 계획과 조정, 재정지원하에 광범위하고 조직적으로 진행되었다. 이들은 타민족의 대량학살, 강간, 도시 파괴, 사원 파괴, 재산 몰수와 약탈, 강제이주와 추방, 수용소 감금 등의 방법을 동원하였다.

유엔 안전보장이사회는 1991년 9월 처음으로 유고 사태가 국제평화와 안전에 대한 위협을 구성한다고 결의하였다.²³⁾ 당시 안보리는 전투로 인한 수 많은 인명피해와 물질적 피해, 그리고 인접국에 대한 영향에 관심을 표명하였다. 1992년 5월 5개국으로 분열된 구 유고 연방 일부 구성국의 유엔 회원국 가입이 확정되자, 유고 사태는 본격적인 국제분쟁으로 규정되게 되었다. 특히 안보리는 1992년 7월 13일자 결의 제764호부터 국제인도법과 제네바 협정을 심각

23) 안보리 결의 제713호(1991. 9. 25). 이 같은 입장은 1991년 11월 16일자 안보리 결의 제787호에서도 반복되었다.

하게 위반한 자는 개인적으로 책임을 지게 될 것이라고 강조하기 시작하였다. 1992년 8월 13일자 안보리 결의 제771호는 유고 지역에서의 제네바 협정의 심각한 위반을 포함하여 국제인도법을 위반한 정보의 수집과 제공을 각국 정부와 국제인권단체에 요청하였다. 1992년 10월 6일자 안보리 결의 제780호는 유엔 사무총장에게 중립적인 전문가위원회를 구성하여 제771호에 따라 수집된 정보를 분석하라고 요청하였다. 이에 사무총장은 10월 26일 5인 위원회 구성을 발표하였다.²⁴⁾ 한편 유럽안보회의도 3인 위원회를 구성하고, 유고 지역에서의 가혹행위에 대한 조사와 그에 대한 개인적 책임추궁 가능성을 검토하라고 요청하였다. 3인 위원회는 최초로 특별재판소의 설치를 언급하였다. 1992년 연말부터 미국도 특별재판소 설립문제를 공개적으로 제안하였다. 1993년 2월 9일 유엔 전문가위원회는 유고 사태에 대한 중간보고서를 안보리에 제출하였다. 이들은 유고 사태가 인도에 반하는 죄와 제노사이드에 해당한다고 결론 내리고, 이에 대처하기 위한 특별국제재판소의 설치를 건의하였다. 이에 1993년 2월 22일자 안보리 결의 제808호는 유고문제를 다룰 국제재판소 설치를 결정하였다.²⁵⁾

1993년 5월 3일 유고 사태에 관한 유엔 사무총장의 보고서가 안보리로 제출되었다. 이 보고서는 특별재판소 규정 초안도 포함하고 있었다. 보고서에서 사무총장은 특별재판소 설립을 위한 3가지 방안을 검토하였다. 첫째, 다자조약을 통한 설립 방식. 이 방안의 장점은 설립과정에서 각국은 재판소의 규정을 신중히 검토할 수 있고, 각국은 설립조약에 구속을 받을지 여부의 의사표시를 개별적으로 할 수 있다는 점이다. 그러나 다자조약 체결안의 문제점은 재판소 설립에 너무나 많은 시간이 소요되며, 재판소 운영에 필수적인 국가가 당사국으로 가입할 것이라는 보장이 없다는 점이다. 둘째, 유엔 총회의 결의를 통하여 설립하는 방안이다. 이 안은 유엔에서 가장 대표성이 있는 기관의 결정에 따른다는 장점을 가진다. 그러나 총회 결의만으로는 강제관할권을 갖는 재판소를 설

24) F. Kalshoven(네델란드, 위원장), T. Opsahl(노르웨이), M. Bassiouni(미국), W. Fenrick(캐나다), K. Mbaye(세네갈). 위원회 활동 도중 Opsahl이 사망하고, Kalshoven이 사임함에 따라 M. Bassiouni가 위원장으로 선임되고, 노르웨이의 C. Cleiren이 보충되었다.

25) UN Doc. S/2504, paras. 1-11(1993. 5. 3); Virginia Morris & Michael Scharf(전계주 1), pp.22-30.

립할 구속력이 없고, 각국에 대하여 오직 협조 요청을 할 수 있을 뿐이므로, 총회의 개입은 시간 낭비라고 지적되었다. 셋째, 현장 제7장에 근거한 안보리 결의를 통하여 설립하는 방안. 이 안에 따르면 상대적으로 신속한 재판소 설립이 가능하고, 안보리 결의는 모든 회원국에게 즉각 구속력을 지닌다는 장점이 있다. 사무총장은 안보리 결의를 통한 제3안을 건의하였다.²⁶⁾ 안보리도 제3안을 채택하기로 하였다. 사무총장이 제시한 재판소 규정 초안에 대하여는 이사국간에 일부 이견이 없지도 않았으나, 이에 대한 수정 시도는 기나긴 논쟁을 유발할 것으로 예상되어 그대로 채택하기로 하였다. 이에 5월 25일 안보리 결의 제827호로써 구유고 국제형사재판소 규정을 채택, 제2차 대전 전범재판 이후 국제사회 최초의 국제형사재판소가 탄생하게 되었다.

1993년 9월 15일 최초의 판사가 선출되었으며, 검사 선임은 강대국의 이해 대립으로 약 1년이나 지연된 끝에 1994년 7월 15일이나 이루어졌다. 판사는 안보리의 추천을 받아 총회가 최종적으로 선출하며, 현재 총 16명의 상임판사와 총 27명의 비상임 임시판사로 구성된다. 재판은 2심제로 운영된다.

구유고 국제형사재판소는 1991년 이후 구 유고슬라비아 지역에서 범하여진 국제인도법의 중대한 위반 행위자를 재판할 수 있다(제1조).²⁷⁾ 즉 시적으로는 1991년 1월 1일 이후에 발생한 범죄를, 장소적으로는 육상, 영공, 영해를 포함한 구 유고슬라비아 사회주의 연방 공화국의 영역에서 발생한 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다. 국제인도법의 중대한 위반이란 구체적으로 1949년 제네바 협정의 중대한 위반(제2조),²⁸⁾ 전쟁법 위반(제3조),²⁹⁾ 제노사이드(제4

26) UN Doc. S/2504, paras. 22-28(1993. 5. 3)

27) 이하 본문상의 조문번호는 구유고 국제형사재판소 규정의 조문번호를 의미한다.

28) 제2조(1949년 제네바협약에 대한 중대한 위반행위) 국제재판소는 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 중대한 위반행위, 즉 관련 제네바협약의 규정에 따라 보호되는 사람이나 재산에 대하여 다음의 행위를 범하거나 이를 명한 자들을 소추할 권한을 가진다:

(a) 고의적 살해 (b) 생체실험을 포함한 고문이나 비인도적 대우 (c) 신체나 건강에 대한 극심한 고통 내지 중대한 손상의 고의적 야기 (d) 군사적 필요에 의해 정당화되지 않으며 위법하고 이유 없이 행해진 광범위한 재물파괴 및 몰수 (e) 포로나 민간인의 적국 군대 복무 강요 (f) 포로나 민간인으로부터 공정하고 정규적인 재판 받을 권리의 고의적 박탈 (g) 민간인에 대한 위법한 추방, 이송 내지 위법한 구금 (h) 민간인을 인질로 하는 것.

29) 제3조(전쟁법 내지 관습 위반행위) 국제재판소는 전쟁법 내지 관습을 위반하는 자를 소추할 권한을 가진다. 이러한 위반은 다음을 포함하나 이에 한정되지는 않는다:

(a) 유독무기나 불필요한 고통을 야기하기 위해 고안된 다른 무기의 사용 (b) 도시, 마을

조),³⁰⁾ 인도에 반하는 죄(제5조)를³¹⁾ 의미한다.

재판소는 가해자나 피해자의 국적과 관계없이 규정상의 범죄를 저지른 모든 자연인에 대하여 관할권을 갖는다(제6조). 따라서 法人의 형사책임은 추궁하지 않는다. 개인이 직접 범행을 실행한 경우 뿐만 아니라, 범죄를 계획, 예비, 교사, 지시, 방조, 선동한 자도 처벌대상이 된다. 국가원수나 장관 등 정부의 공적 지위에 있었기 때문에 어쩔 수 없이 관여되었다는 변명도 수용되지 않는다. 부하가 범한 행위에 대하여 상관이 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고, 적절한 조치를 취하지 않았다면 그 상관도 책임을 져야 한다. 또한 정부나 상관의 명령에 따라 행동하였다는 사실도 범행자의 형사책임을 면하여 주지는 않는다. 단 형벌의 감경 사유로는 고려될 수 있다. (제7조).

1991년 이후 구유고 지역에서 벌어진 중대한 국제인도법 위반 사건에 대하여 구유고 국제형사재판소만이 전속적 관할권을 갖는 것은 아니다. 국내법원 역시 동일한 관할권을 갖는다. 다만 국제재판소는 국내법원에 비하여 우월한 지위를 가지며(제9조), 국제재판소에 의하여 재판받은 자는 국내법원에 의하여 거듭 재판받지 아니한다. 국내법원에 의하여 이미 재판을 받은 경우는 1) 재판을 받은 행위가 일반범죄로 성격지워진 경우 2) 국내법원의 소송절차가 공정하거나 독립적이지 못하였거나, 피고를 국제 형사책임으로부터 보호하기 위하여 의도되었거나, 당해사건이 성실히 소추되지 아니한 경우에만 국제재판소에 의하여 다시 재판을 받을 수 있다(제10조).

내지 촌락에 대한 이유 없는 파괴 또는 군사적 필요에 의해 정당화되지 않는 파괴 (c) 방어되지 않은 마을, 촌락, 거주지 내지 건물에 대한 여하한 형태의 공격 내지 폭격 (d) 종교, 자선, 교육, 예술 및 과학 기관이나 역사적 기념물 또는 예술 및 과학작품에 대한 압류, 파괴 내지 의도적인 가해 (e) 공공재산 내지 사유재산의 약탈.

30) 제4조 2항: 제노사이드는 국민적, 민족적, 인종적 내지 종교적 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 가지고 행하여진 다음의 행위 중 하나를 의미한다:

(a) 집단 구성원 살해 (b) 집단 구성원에 대한 중대한 신체적 또는 정신적 위해의 야기 (c) 집단 전부 또는 일부의 유형적 파괴를 초래하기 위한 생활조건의 고의적 부과 (d) 집단 내의 출산 저지를 위한 조치의 부과 (e) 집단 내 아동의 타 집단으로의 강제이송.

31) 제5조(인도에 반하는 죄)

국제재판소는 그 성격이 국제적이든 국내적이든지를 불문하고 무력분쟁 중 민간인 집단에 대하여 범하여진 다음의 범죄에 대하여 책임있는 자들을 소추할 권한을 가진다: (a) 살해 (b) 절멸 (c) 노예화 (d) 추방 (e) 구금 (f) 고문 (g) 강간 (h) 정치적, 인종적 및 종교적 이유에 기인한 박해 (i) 다른 비인도적인 행위.

나. 르완다 국제형사재판소

르완다의 인구는 크게 다수파 후투족과 소수파 투치족으로 구분된다. 이들은 수백년간 같은 지역에 거주하였으며, 언어도 거의 같으며, 상호 혼인도 빈번하였다. 이들은 인종적인 특징에서 차이가 크다고 보다는 후투족은 주로 농업에 종사하고, 투치족은 좀더 이윤이 높은 목축에 종사한다는 점에 차이가 있었다. 르완다에 처음 도착한 백인은 19세기 말의 독일인이었다. 이들은 투치 추장을 앞세운 간접통치를 하였다. 제1차 대전후 벨기에가 이 지역을 통치하였다. 벨기에도 투치를 앞세운 식민통치를 하였다. 경제력이 우세한 투치족이 르완다 원주민 사회의 상층부를 구성하였다. 벨기에는 식민지 정책의 일환으로 1933년 모든 르완다인을 후투(약 80%), 투치(약 19%), 트와(약 1%)로 구분한 신분증을 발급하였다. 종족 소속은 부계혈통을 따르게 하였다. 종족별 신분증 제도는 르완다내 종족간 이질감을 강화시킨 요인이 되었다.

아프리카 독립의 물결 속에 르완다도 독립을 하였고, 1959년에는 다수파 후투가 정권을 잡았다. 그후 르완다에서는 종종 투치족 학살사건이 발생하였다. 수많은 투치족이 인접국으로 피난을 하였고, 투치족 망명자들은 수 차례 정부 전복을 시도하였다. 그 때마다 르완다에서는 투치를 대상으로 한 보복학살이 벌어졌다. 1990년 10월부터 르완다 애국전선이라는 우간다 거주 투치족 반군이 르완다 동북부를 침공하여 거점을 확보하였다. 양측은 전투를 계속하였고, 르완다내 후투족 사이에서는 투치족에 대한 반감이 깊어 갔다. 르완다 집권층은 이러한 종족갈등을 권력 유지의 수단으로 이용하였다. 1990년대 초부터 후투 정권은 전국적으로 후투 민병대를 조직하고 무기를 배급하였다. 르완다 국내의 심상치 않은 분위기는 이미 유엔 평화유지군을 통하여 유엔본부로도 전달되었으나, 아무런 대응조치도 취하여지지 않았다.

1994년 4월 6일 르완다를 21년간 통치하여 온 Habyarimana 대통령과 부룬디 대통령이 탑승한 비행기가 수도 키갈리 부근 상공에서 격추되었다. 이 사건의 범인이 누구인지는 밝혀지지 않았으나, 르완다 정부는 즉각 책임을 투치족으로 돌리고 이에 대한 보복을 선동하였다. 이로부터 약 100일간 대규모의 학살극이 벌어져, 50만 내지 100만명이 사망하였다고 한다. 강경 후투족의 잔학행위가

확대되자, 르완다 애국전선이 정부군을 공격하였다. 반군은 숫자도 적고 무기도 빈약하였으나, 전투의 주도권을 잡았고, 마침내 1994년 7월 18일 후투 정부는 국외로 도주하였다. 그러자 이번에는 대규모의 후투족 난민이 인접국가로 도피하였다.

1994년 4월 학살의 첫 파도가 몰아칠 때부터 투치족 중심의 르완다 애국전선측은 구유고 국제형사재판소와 같은 형태의 국제재판소를 설치하여 르완다 사태의 책임자를 처벌하라고 제안하였다. 1994년 7월 1일 안보리는 이 문제를 다룰 전문가위원회를 구성하기로 하였다(결의 제935호). 1994년 10월 2일 제출된 전문가위원회 중간보고서도 특별형사재판소 설치를 건의하였다. 르완다 애국전선측은 정권을 잡자 처음에는 스스로 책임자 처벌을 하겠다며 국제재판소 설치에 반대하였으나, 내전과정에서 르완다 사법제도는 완전히 붕괴되어 책임자 처벌을 진행시킬 능력이 없었다. 결국 르완다 신정부도 국제재판소 설치에 동의하지 않을 수 없었다. 1994년 11월 8일 안보리 결의 제955호로 르완다 국제형사재판소 설치가 결정되었다.³²⁾

르완다 국제형사재판소는 1994년 1월 1일부터 그 해 연말까지 르완다 영역에서 벌어진 제노사이드와 기타 중대한 국제인도법 위반행위에 책임있는 자와 인접국가에서 벌어진 같은 행위에 책임있는 르완다인을 처벌하기 위한 기관이다(제2조).³³⁾ 구유고 국제형사재판소와 마찬가지로 안보리 결의를 근거로 설립되었다. 처벌대상 범죄의 발생시점을 1994년 1월 1일로 잡은 것은 학살의 계획단계에 대하여도 단죄를 하려는 의지의 표현이며, 12월 31일까지 발생한 범죄를 대상으로 한 것은 패퇴한 정부군이 인접국에서 자행한 범죄와 일부 투치 신정부하에서의 범행도 처벌대상으로 하려는 취지이다. 처벌대상범죄는 제노사이드(제2조), 인도에 반하는 죄(제3조), 제네바 협약 공통 제3조 및 제2 추가의 정서 위반행위(제4조)이다.³⁴⁾ 구유고 분쟁이 궁극적으로는 국제분쟁의 형태로 전개된 것과 달리 르완다 분쟁은 국내 종족분쟁의 형태로 전개되었다는 차이

32) 정작 전문가위원회의 최종 보고서는 르완다 국제형사재판소 설치가 결정된 이후인 1994년 2월 9일 제출되었다.

33) 이하 본문상의 조문은 르완다 국제형사재판소 규정상의 조문번호를 지칭한다.

34) 구유고 사태와 달리 제네바 협약 공통 제3조와 제2 추가의정서 위반행위를 처벌대상으로 한 것은 르완다 사태의 경우 내전의 형태로 진행되었기 때문이다.

에서 연유하는 일부 특징을 제외하고는 르완다 재판소 규정은 구유고 국제형사재판소 규정과 동일하다. 양 재판소는 서로 동일한 상소심을 공유하며, 검사도 동일한 인물이 양 재판소에 대한 검찰 역할을 수행한다.

다. 평가

안보리에 의한 국제형사재판소 설립의 적절성에 대하여는 몇 가지 의문이 제기되기도 하였다. 안보리는 국가에 대한 조치를 취할 수 있을 뿐이지, 개인의 법적 책임을 직접 다룰 재판소를 설치할 권한까지 있는가? 안보리는 일종의 정치적 기관이지 사법기관이 아닌데, 자신이 갖고 있지도 않은 사법적 권한을 하위 보조기관에게 부여할 수 있는가? 독립적이어야 할 사법기관이 정치적 기관의 보조기관으로 설치될 수 있겠는가 하는 등의 의문이었다. 이에 대하여 안보리는 이미 과거에도 개인을 직접 대상으로 한 조치를 취한 예가 많았으며, 유엔 행정재판소가 유엔 총회의 결의로 설립된 것과 같이 정치적 기관이 사법기관을 보조기관으로 설립한 예가 있었으며, 안보리는 국제평화와 안전에 대한 제1차적 책임기관으로서의 기능행사 방법의 하나로서 재판기관을 설립할 수 있다고 반박되었다. 즉 안보리는 자신의 결정을 집행하기 위한 비무력적 조치를 취할 수 있다는 유엔 헌장 제41조와 안보리는 또한 임무수행에 필요하다고 인정되는 보조기관을 설치할 수 있다는 헌장 제29조가 국제형사재판소 설치의 근거조항이 될 수 있었다.³⁵⁾

구유고와 르완다 국제형사재판소의 설치는 제2차 대전 이후 냉전시대에는 사실상 잊혀졌던 국제형사재판의 관념을 다시 소생시켰다는 점에 큰 의의를 지닌다. 이 두 건의 특별 국제형사재판소의 경험이 오늘의 보다 일반적인 국제형사재판소 탄생의 결정적인 가교가 되었음은 누구도 부인할 수 없다. 이 두 재판소에서의 판례는 국제사회에 대하여 국제인도법의 구체적 내용을 처음으로 본격적으로 제시하였으며, 이는 향후 국제형사재판소 운영에 커다란 밑받침을 구성할 것이다. 재판절차상의 경험도 국제형사재판소에 대하여 소중한 지침을 제공하고 있다. 국제형사재판 사상 처음으로 2심제를 채택하여 오늘의 국제형사재판

35) Virginia Morris & Michael Scharf(전계주 1), pp.42-48.

소의 선례를 이루었다. 또한 각국 지도자에 대하여 유고나 르완다와 유사한 사태를 야기시킬 경우 언젠가는 국제형사재판에 회부될지도 모른다는 경고를 제시하고 있다. 유사한 사태가 발생하면 해당국으로서는 국내적 사법처리를 엄격히 하지 않는한 국제재판소가 강제될 수 있다는 압력을 느끼게 될 것이다.

그러나 구유고와 르완다 국제형사재판소는 다음과 같은 문제점도 지니고 있다. 무엇보다도 느린 재판의 진행으로 인하여 필요한 처벌이 언제나 완료될 수 있을지 기약하기도 어려울 정도라는 점이다. 2002년 6월 1일 기준 구유고 형사재판소는 겨우 10건의 사건에 대하여만 재판을 완료하였고, 2심에 계류중인 사건이 7건, 예비심사단계를 포함하여 사실심에 계류중인 사건이 20건이다.³⁶⁾ 현재와 같은 속도로 재판이 진행된다면 앞으로 수십년을 더 재판하여야 한다는 예상도 나오고 있다. 르완다 국제형사재판소 역시 현재 겨우 9건의 재판을 완료하여 8명의 유죄가 확정되었다. 2심에 2건의 재판이 계류중이며, 사실심에 8건 21명의 피고에 대한 재판이 진행중이다.³⁷⁾ 르완다 감옥에서는 수만명이 내전사태와 관련하여 구금되고 있는데, 국내사법제도가 제대로 작동하지 못하고 있는 르완다에서 언제나 재판이 완료될 수 있을지 기약하기도 힘들다. 그러나 유고나 르완다와 같은 특정 사태에 대한 책임자 처벌은 시기를 놓치면 그 의의가 반감될 것이며, 이들 재판에 대한 국제사회의 지원도 떨어질 것이다. 설립근거를 본질적으로 정치적 기관인 안보리의 결의에 두고 있는 두 재판소의 경우 국제사회에서의 지지도 저하는 그 존립기반을 위협하게 될지도 모른다.

5. 절충형 특별재판소

구유고 국제형사재판소나 르완다 국제형사재판소의 경우에서 들어난 바와 같이 근래에는 중대한 인권침해 행위자에 대하여 유엔을 중심으로 개인적 형사 책임을 물으려는 경향이 현저하다. 그러나 매 사태마다 개별적 국제형사재판소를 설립, 운영하기는 그 부담이 적지 않다. 이에 국제사회가 최근 찾아낸 방안

36) <http://www.un.org/icty/glance/index.htm>(2002.6.20 방문)

37) <http://www.ict.org/wwwroot/ENGLISH/geninfo/achieve.htm>(2002. 6. 20 방문).

의 하나가 국제재판소와 국내재판소의 성격을 절충한 특별재판소를 설치하여, 책임자 처벌을 시도하는 것이다. 아직 실질적 활동성과는 내지 못하고 있으나, 이미 그 내용이 합의된 사례가 시에라레온과 캄보디아에서의 국제인도법 등 위반자 처벌을 위한 특별재판소의 설치이다.

가. 시에라레온 특별재판소

1991년 3월부터 시에라레온 동부지역의 라이베리아 국경 부근에서 Revolutionary United Front 소속 병사들이 시에라레온 정부 전복을 목표로 한 반군활동을 본격화하였다. ³⁸⁾ 당초 시에라레온 군은 서아프리카 경제공동체(ECOWAS)의 Military Observer Group(ECOMOG)의 지지를 받으며 반군진압에 나섰으나, 1992년에는 시에라레온 군부가 오히려 정부를 전복시키었다. 정권 변경에도 불구하고 반군의 공격은 계속되었다. 1994년 11월 시에라레온은 유엔 사무총장에 대하여 정부와 반군 사이의 중재를 요청하였다. 당시 시에라레온은 이미 3년간의 내전으로 국내 사정이 악화될대로 악화된 상태였다. 인구의 약 10%가 난민으로 인접국에 도피중이었고, 인구의 약 30%는 국내적 유민이 되었다.

유엔 사무총장은 Berhanu Dinka(에티오피아)를 특별사절로 임명하여, OAU와 ECOWAS와의 협조하에 내전종식과 민간정부 복귀에 노력하였다. 마침내 1996년 2월 대통령 및 국회의원 선거가 실시되어, Alhaji Ahmad Tejan Kabbah가 대통령에 당선되었다. 군부는 그에게 정권을 이양하였다. 그러나 반군측은 총선거에 참여하지 않았으며, 선거 결과에 승복하지도 않아 내전은 계속되었다.

특별사절의 중재로 1996년 11월 정부와 반군간에는 아비잔 협정으로 알려진 평화협정을 체결되었으나, 이 협정은 1997년 5월의 시에라레온에서의 새로운 군사 쿠데타 발발로 무효로 되었다. 이번에는 쿠데타 군부에 반군도 합세하여 군사정부를 수립하였고, 민선 Kabbah 대통령과 그의 각료들은 인접 기니아로

38) 이하 시에라레온 사태의 배경에 대한 설명은 다음에서 취합, 정리하였다.

(1) <http://www.specialcourt.org/SLMission/NPWJStatusReport.html>

(2) <http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unomsil/UnomsilB.htm>

(3) <http://www.hrw.org/reports/1999/sierra/SIERLE99.htm>.

망명하였다. 유엔 사무총장은 Francis G. Okelo(우간다)를 새로운 특별사절로 임명하였다. 국제사회는 군사정부와 협의하며 민정복귀를 중용하였으나, 별다른 성과를 거두지 못하였다. 유엔 안보리는 1997년 10월 8일 시에라레온에 대하여 석유와 무기 금수의 제재를 취하며, ECOWAS에 대하여도 군사정권에 대한 군사력 사용을 허용하였다. 이러한 국제사회의 압력으로 1997년 10월 23일 ECOWAS의 시에라레온 5인위원회와 시에라레온 군사정부의 대표가 회합하여 새로운 평화협정을 체결하였다. 11월 5일 Kabbah 대통령도 이를 수락하였다. 그러나 군사정부는 후일 평화협정의 일부 핵심조항에 대하여 이의를 제기하였고, 결국 협정도 실천되지 못하였다.

결국 1998년 2월 반군 및 군사정권에 대하여 서아프리카 경제공동체의 ECOMOG가 공격을 가하여 군사정부를 무너뜨리고, 이들을 수도 프리타운으로부터 축출하였다. 3월 10일에는 Kabbah 대통령이 권좌로 복귀하였다. 1998년 7월 13일 안보리는 UNOMSIL(UN Observer Mission in Sierra Leone)을 설치하기로 결의하였다. 그러나 반군은 여전히 국토의 절반 이상을 점령하고 있었고, 반군 연합과의 내전은 계속되었다. 1998년 12월에는 반군 연합이 공세를 강화하여, 프리타운이 다시 함락되었다. 1999년 1월 서아프리카 연합군은 반격을 가하여 재차 반군을 수도에서 축출하였다. 반군의 수도 점령시 특히 수많은 여자와 어린이를 포함한 민간인 학살, 강간, 가옥 파괴 등 반군의 각종 비인도적 행위가 절정을 이루었다고 보고되었다. 1999년 5월부터 시에라레온 정부측과 반군측간의 평화협상이 다시 시작되어, 7월 7일에는 모든 내전 당사자가 로메에서 회합하여 평화협정에 합의하였다.

한편 2000년 6월 시에라레온 정부는 내전기간중 자행된 각종 비인도적 범죄에 대한 책임자를 처벌하기로 하고, 이에 대한 유엔의 지원을 요청하였다. 유엔은 시에라레온 정부와 특별재판소 설치문제를 협의하였다. 2000년 8월 14일 안보리는 결의 제1315호를 통하여 시에라레온 내전중 국제인도법 위반에 가장 큰 책임을 져야 할 자를 처벌하기 위한 특별재판소를 설치하기로 결의하고, 사무총장에게 이를 위한 협정체결을 협의하라고 요청하였다. 그 해 연말까지 시에라레온 특별재판소 설치에 관한 기본적 내용은 거의 합의되었다. 이후 예산 확보 문제 등에 대한 추가협의를 현지 지원 시설에 대한 검토 등을 한 후

2002년 1월 유엔 평가단이 시에라레온에 파견되었다. 2002년 1월 16일 유엔은 시에라레온과 특별재판소 설립협정을 체결하였다. 이 협정은 2002년 3월 19일 시에라레온 국회의 동의를 받았고, 2002년 3월 29일 대통령의 승인을 받았다.

시에라레온 특별재판소는 1996년 11월 30일 이후 시에라레온 영토에서 발생한 국제인도법 및 시에라레온법의 심각한 위반에 대하여 가장 커다란 책임을 져야 할 자를 처벌할 권한을 갖는다(제1조 1항).³⁹⁾ 처벌 대상자는 반드시 시에라레온 국민에 한정되지 않으나, 평화활동 참여 외국인이 처벌대상에 해당한다면 본국이 처벌을 할 수 없다거나 처벌을 하지 않으려는 경우에만 안전보장이 사회의 허가를 얻어서 처벌할 수 있다(제1조 3항).

처벌대상자는 민간인 집단에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 人道에 반하는 범죄를 저지른 자(제2조), 제네바 협약 공통 제3조 및 제2 추가 의정서를 위반한 자(제3조), 민간인 집단이나 적대행위에 참여하지 않은 민간인에 대한 고의적 공격 등 기타 국제인도법을 심각하게 위반한 자(제4조), 여성이나 아동에 대한 성적범죄 및 건물의 파괴 등과 같은 시에라레온 국내법을 위반한 행위를 한 자(제5조)이다. 다만 범죄 행위자가 15세 미만자인 경우에는 특별재판소의 관할대상에서 제외되며, 15세 이상 18세 미만자는 재판과정에 있어서 성인과는 별도로 취급된다(제7조).

특별재판소와 시에라레온 국내재판소는 공동의 관할권을 가지나(concurrent jurisdiction), 특별재판소가 우선권을 가진다(제8조). 특별재판소에서 재판받은 자는 국내재판소에 의하여 거듭 재판받지 아니하며, 국내 재판소에서 이미 재판받은 자도 특별재판소에 의하여 거듭 재판받지 아니한다. 단 국내 재판에서 일반범죄로 재판받은 경우나 국내 재판이 공정하거나 독립적이지 못한 재판이었던 경우는 특별재판소가 다시 재판할 수 있다(제9조). 범죄 혐의자가 사면을 받았어도 특별재판소의 재판에는 방해가 되지 아니한다(제10조). 이 경우 로메 협정을 통하여 상당한 규모의 사면이 단행된 점이 문제될 수 있을 것이다.

특별재판소는 1심 재판부, 상소부, 검찰부 및 사무국으로 구성된다. 특별재판소는 총 8명 이상 11명 이하의 판사를 가진다. 재판은 2심제이다. 1심 재판부

39) 특별재판소 규정은 다음에 수록되어 있다. 본문중의 조문번호는 특별재판소 설립협정의 조문번호이다.

<http://www.specialcourt.org/SLMission/NPWJStatusReport.html>.

는 3인의 판사로 구성되며 그중 1명은 시에라레온 정부가, 2명은 유엔 사무총장이 임명한다. 상소심 재판부는 5명의 판사로 구성되며 그중 2명은 시에라레온 정부가, 3명은 유엔 사무총장이 임명한다(제12조). 각 판사의 임기는 3년이며, 연임이 가능하다(제13조). 검사는 임기 3년으로 사무총장이 임명한다. 시에라레온 정부는 이를 보좌하는 검사보를 임명한다(제15조). 특별재판소 사무총장은 임기 3년으로 유엔 사무총장이 임명한다(제16조).

특별재판소는 루완다 국제형사재판소의 절차 및 증거 규칙을 준용하여 재판을 진행하나, 필요한 경우 판사회의를 통하여 이를 개정하여 적용할 수 있다(제14조). 유죄 판결이 확정된 자는 시에라레온에서 수형생활을 하나, 경우에 따라서는 제3국에 수감될 수도 있다. 재판소의 공식 용어는 영어이다.

특별재판소는 가장 커다란 책임을 질 자만을 처벌대상으로 하고 있기 때문에 대략 20-25명 정도가 재판을 받게 될 것으로 예상하고 있다.⁴⁰⁾

나. 캄보디아 특별재판부

1975년 4월부터 1979년 1월 사이 캄보디아 국민은 제2차 대전 이래 정부가 자국민을 상대로 자행한 가장 극심한 인권 침해의 만행을 겪어야만 하였다.⁴¹⁾ 베트남 전쟁이 끝날 무렵인 1975년 4월 17일 공산계열의 크메르 루즈 반군이 캄보디아의 수도 프놈펜을 장악하고, 친미 성향의 론놀 정권을 무너 뜨렸다. 크메르 루즈 정권은 거의 전 도시인을 농촌 지역으로 이동시키고, 무자비한 숙청과 사상 개조운동을 전개하였다. 이 과정에서 적어도 100만명 내지 150만명의 캄보디아인이 사망하였다고 알려져 있다. 크메르 루즈 정권은 인접 공산 베트남과도 관계가 좋지 않아, 1978년 베트남은 캄보디아를 공격하여 프놈펜을 함락시키고 캄보디아를 사실상 장악하였다. 크메르 루즈 정권의 수뇌는 태국 국경 부근 밀림으로 숨어 들어가 게릴라 투쟁을 계속하였다. 베트남군은 1989년 9월이 되어서야 모든 병력을 캄보디아로부터 철수시켰다.

40) D. Mundis, New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law, American Journal of International Law Vol.95, p.936(2001).

41) S. Ratner, The United Nations Group of Experts for Cambodia, American Journal of International Law Vol.93, p.948(1999).

1991년 10월 23일 캄보디아의 각 정파를 포섭하는 포괄적 평화협정이 타결되었다. 그 결과 캄보디아에는 유래없는 대규모 유엔 평화유지군이 파견되어 국가재건 업무를 사실상 지휘하였으며, 이는 유엔 평화유지군 임무의 새로운 지평을 연 활동으로 평가되고 있다. 1993년 5월 28일 총선거가 실시되었고, 같은 해 9월 21일 헌법이 국회에서 채택되었다. 캄보디아는 과거 군사 쿠데타로 실각하였던 시아누크가 다시 왕으로 선출되었고, 권력은 각 정파가 분점하는 형태를 취하였다. 크메르 루즈 잔여병력은 총선거에 불참하고, 게릴라전을 계속하고 있으나, 세력은 현저히 약화되었다. 캄보디아는 1999년 4월 30일 아세안에도 가입하였으나, 국내 정세는 여전히 불안감이 완전히 가시지는 않은 상태이다.

크메르 루즈의 대규모적 만행은 널리 알려진 바 있었으나, 냉전시대에는 국제사회가 이 문제를 외면하고 있었다. 그간 캄보디아 정부를 크메르 루즈 시절의 범죄를 처벌하려는 시도는 하지 않았다. 냉전이 종식되고 캄보디아의 정세도 어느 정도 안정이 되자 90년대 후반부터 국제사회는 이 문제를 거론하기 시작하였다. 캄보디아 인권문제에 관한 유엔 사무총장 특별대표로 활약한 스웨덴의 Thomas Hammarberg의 설득에 힘입어 1997년 캄보디아 정부는 크메르 루즈 지도자를 재판에 회부하는데 대한 유엔의 지원을 요청하였다. 이에 유엔 총회는 사무총장에 대하여 이 문제의 검토를 요청하는 결의를 채택하였다.⁴²⁾ 사무총장은 3인 위원을 지명하였고, 이들은 1999년 2월 22일 보고서를 제출하였다. 이들은 “가장 심각한 인권침해에 커다란 책임”이 있는 자를 처벌할 유엔 특별재판소의 설립을 제의하였다.⁴³⁾

특별재판소 설립안에 대하여 캄보디아 정부는 반대하며, 자국 법원이 책임자를 재판하겠다고 주장하였다. 국제사회도 새로운 특별재판소를 설립하는 일에 적극적인 반응을 보이지 않았다. 결국 타협 끝에 캄보디아 국내법원 내에 국제적 성격이 혼합된 특별재판부를 설치하기로 방향을 잡았다. 1999년 캄보디아 의회에 1975년 4월 17일부터 1979년 1월 6일 사이 캄보디아에서의 크메르 루즈 공포정치 기간중 자행된 범죄행위에 대한 책임자를 처벌하기 위한 특별재

42) 유엔 총회 결의 52/135(1997).

43) 그 구체적 내용에 관하여는 위원중의 하나가 쓴 S. Ratner(전계주 41), pp. 950-952 참조.

판부를 설립하자는 법안이 제출되었다. 2000년 7월 초 유엔과 캄보디아 정부 간에는 캄보디아 사법부 내에 특별재판부를 설치하자는 양해각서가 합의되기는 하였으나, 서명까지는 이르지 못하였다. 당시 특별재판부의 구성, 재판절차, 특권과 면제, 행정적 문제에 관한 규정초안도 협의되었다. 이후 1년 이상의 추가적 논란 끝에 시아누크 국왕은 2001년 8월 10일 법안에 서명하였다.⁴⁴⁾

특별재판부는 1975년 4월 17일부터 1979년 1월 6일 사이 벌어진 캄보디아 형법의 일부조항, 국제인도법과 관습, 캄보디아가 가입한 국제조약상의 범죄의 심각한 위반에 대하여 관할권을 갖는다. 구체적으로 제노사이드(제4조), 인도에 반하는 죄(제5조), 1949년 제네바 협정의 중대한 위반(제6조), 무력분쟁시 문화재 보호에 관한 1954년 헤이그 협약을 위반한 문화재의 파괴(제7조), 외교관계에 관한 1961년 비엔나 협약에 의하여 보호되는 자에 대한 범죄(제8조), 살인, 고문, 종교적 박해 등의 캄보디아 형법 위반범죄(제3조) 등을 저지른 자를 처벌 대상으로 한다.⁴⁵⁾

특별재판부에서의 재판은 3심제로 진행된다(제2조). 제1심 재판부는 3인의 캄보디아 판사와 2인의 외국인 판사로 구성되며, 재판장은 캄보디아 판사가 맡는다. 제2심 재판부는 4인의 캄보디아 판사와 3인의 외국인 판사로 구성되며, 재판장은 캄보디아 판사가 맡는다. 제3심 재판부는 5인의 캄보디아 판사와 4인의 외국인 판사로 구성되며, 재판장은 캄보디아 판사가 맡는다(제9조). 외국인 판사는 유엔 사무총장의 추천을 받아 캄보디아 정부가 임명한다(제11조). 재판소의 합의에는 가급적 만장일치를 요하나, 不可時에 1심은 4인 이상, 2심은 5인 이상, 3심은 6인 이상 판사의 찬성이 있어야만 된다. 기소는 1인의 캄보디아인 검사와 1인의 외국 검사가 공동으로 결정한다(제16조). 양자간 의견이 일치하지 않으면, 5인의 판사로 구성된 예비심사부에서 4인 이상의 찬성으로 결정한다(제20조). 캄보디아인과 관련된 경비는 캄보디아 정부가 부담하며, 외국인과 관련된 경비는 유엔이 부담한다(제44조).

44) D. Mundis(전계주 40), p.939. 이하 캄보디아 항목에서의 조문번호 표시는 이 특별법상의 조문을 가리킨다.

45) 캄보디아 형법 위반자에 대하여는 공소시효가 20년이 추가로 연장되고, 제노사이드나 인도에 반하는 죄에 대하여는 공소시효가 적용되지 아니한다. 제3조 내지 제5조 참조.

다. 특징

시에라레온 특별재판소와 캄보디아 특별재판부는 국제형사법을 처벌하는 제도에 있어서 독특한 존재이다. 시에라레온과 캄보디아의 경우는 유엔과의 협의를 통하여 특별재판소(부)를 설립하고, 해당국과 유엔이 인적, 물적 요소를 협력하여 재판소(부)를 구성한다. 과거의 국제형사재판 사례가 모두 전승국이나 국제사회에 의하여 일방적으로 강요된 국제재판이었다는 점과 다르다. 또한 특이하게 각각의 국내법을 위반한 혐의자도 처벌대상으로 하고 있다. 그런 의미에서 시에라레온과 캄보디아 특별재판소(부)는 국제재판소와 국내재판소의 혼합형태를 취하고 있다. 이에 국제재판소 설립에 필요한 각종 부담을 경감시키면서 해당국 단독으로는 실천하기 어려운 작업을 실현시키게 되었다.

다만 시에라레온 특별재판소가 독립된 재판소로 설립되는데 비하여, 캄보디아 특별재판부는 국내법원의 일부로 설치되었기 때문에 상대적으로 국제성이 미약하다. 더욱이 캄보디아인 판사가 재판부의 다수를 구성하며, 외국인 판검사에 대한 임명권도 캄보디아 정부가 갖는다. 유엔 사무총장이 외국인 판검사를 추천하기는 하나, 일단 캄보디아 정부가 임명을 하면 국제사회는 이들에 대하여 통제를 행할 수 없다. 당초 대상 범죄에 대한 기존의 사면은 소추에 영향을 미치지 않기로 제안되었던 조항이 삭제되어, 이것이 재판의 걸림돌이 될 수도 있다. 재판절차에 있어서도 캄보디아의 기존 국내절차에 흡결이 있어 필요한 경우에만 국제수준의 절차규칙을 참조할 수 있도록 규정하여, 국제재판으로서의 절차적 정의가 제대로 확보될 수 있을지 의구심이 일기도 한다. 국제적 재판임에도 불구하고, 외국인 변호사의 참여가 허용되는지도 불명확하다.⁴⁶⁾ 이는 크메르 루즈 사태가 발생하지 이미 20년도 더 지나 책임자 처벌에 대한 국제사회의 관심이 상대적으로 미약하였기 때문에, 캄보디아 정부에 대한 효과적인 압력이 작용하지 못하였던 결과라고 평가된다.

향후 이 두 특별재판소가 효과적으로 운영되면 콩고 공화국,⁴⁷⁾ 동티모로,⁴⁸⁾

46) D. Mundis(전계주 40), pp.941-942.

47) 안보리 결의 제1234호(1999. 4. 9), 제1291호(2000. 2. 24), 제1304호(2000. 6. 16) 등은 콩고에서의 학살사태에 대한 책임을 강조한 바 있다.

48) 안보리 결의 제1264호(1999. 9. 15), 제1272호(1999. 10. 25), 제1319호(2000. 9. 8) 등에서

소말리아⁴⁹⁾ 등지에서도 유사한 형태의 특별재판소가 설립될 가능성이 있다.

6. 국제형사재판소의 탄생

제2차 대전 직후 뉴렘베르크 전범재판에 대한 열정이 한창일 무렵 유엔은 보다 상설적인 국제형사재판소 설치에 주목하였다. 1948년 채택된 제노사이드 협약 제4조도 국제형사재판소의 창설을 예정하고 있었다. 당시 국제형사재판소 창설과 관련하여서는 두 갈래의 움직임이 있었다.

1947년 총회는 국제법위원회의 전신인 국제법 법전화위원회에 대하여 이른바 뉴렘베르크 원칙이라고 할 수 있는 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄를 조문화하라고 요청하였다. 2년후 국제법위원회는 초안작업을 시작하여, 1950년 작업 결과를 보고하였다.⁵⁰⁾

이와는 별도로 1948년 12월 9일 유엔 총회는 국제법위원회에 국제형사재판소의 설치 가능성과 필요성을 검토하도록 요청한 바 있다(총회 결의 제260호 B(III)). 국제법위원회는 이것이 가능하며 또한 필요하다고 보고하였다.⁵¹⁾ 이에 총회는 17개국 대표로 구성된 위원회에 보다 구체적인 제안을 작성하라고 요청하였다(총회 결의 제489호(V)). 이들은 국제사법재판소 규정을 모델로 하여 작성한 국제형사재판소 규정 초안을 1952년 제출하였다. 이 초안에 관한 각국의 의견을 수렴한 후 일부 내용을 수정하여 1954년 새로운 보고서가 총회로 제출되었다. 그러나 전후 냉전의 격화 속에서 강대국은 국제형사재판소의 설치 자체에 반대하였다. 일단 총회는 국제형사재판소가 설립되기 위하여는 관할대상인 범죄가 확정되어야 하는데, 인류의 평화와 안전에 관한 범죄 초안이 작성 중이므로, 이 작업이 선행되어야 한다고 판단하였다.

한편 국제법위원회는 1954년 5개 조문 13개 범죄에 대한 국제범죄 초안에

개인적 형사책임을 강조한 바 있다.

49) 안보리 결의 제814호(1993. 3. 26)에서 책임자 처벌을 강조한 바 있다.

50) Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.

51) Yearbook of International Law Commission 1950 Vol.II(UN Doc. A/1316), paras. 128-145.

합의하여 총회로 보고하였다. 그러나 가장 핵심적인 범죄인 침략행위에 대한 정의가 마련되지 못하였다. 이에 침략의 정의문제를 다룰 특별위원회가 설치되었다. 그리고 침략의 정의에 대한 보고서가 제출되기 전에는 1954년 국제범죄 초안의 검토는 보류하기로 하였다. 인류의 평화와 안전에 대한 범죄 초안이 작성되지 않았으므로 자연 국제형사재판소 규정 초안도 검토될 수 없었다. 냉전시대 국제형사재판소 설치 작업은 국제사회에서 사실상 잊혀져 있었다.

1974년 유엔 총회는 드디어 침략의 정의에 관한 결의를 채택하였다(총회 결의 제3314호(XXIX)). 그럼에도 불구하고 1981년이 되어서야 총회는 인류의 평화와 안전에 대한 범죄 초안작업을 다시 시작하라고 국제법위원회에 요청하였다(총회 결의 제36/106 (1981)). 국제법위원회는 근 10년간의 논의 끝에 1991년 새로운 국제범죄 초안을 잠정 채택하였다. 이 초안은 각국 논평에 회부되었고, 이를 바탕으로 1996년에는 개정초안이 채택되어 오늘에 이르고 있다. 이 작업은 아직도 종료되지 않았다.

그러나 국제형사재판소 설립의 불씨는 의외의 경로를 통하여 다시 지펴졌다. 1989년 마약 등 몇몇 국제적 범죄로 골치를 썩고 있던 트리니다드 토바고 등 몇몇 카리브해 국가들이 국제법위원회가 인류의 평화와 안전에 대한 범죄 초안 작성과정에서 국제형사재판소 문제를 검토하도록 요청하자 결의안을 유엔 총회로 제출하여 통과되었다(총회 결의 제44/89호). 국제법위원회는 국제형사재판소 설립 추진이 바람직하다는 보고를 하였다. 이에 유엔 총회는 국제법위원회에 대하여 국제형사재판소 규정 초안을 작성하라고 요청하였다(총회 결의 제47/33). 1994년 국제법위원회는 총 60개 조문과 부록, 부속서를 포함하는 국제형사재판소 규정 최종안을 총회로 보고하였다. 국제법위원회는 국제형사재판소 규정을 채택할 외교회의의 소집을 건의하였다.⁵²⁾

국제형사재판소의 조기 설립에 찬성하지 않는 국가들은 즉각적인 외교회의의 소집에 반대하였다. 타협 끝에 우선 국제형사재판소 규정 초안에 담겨져 있는 실체적, 절차적 문제들을 검토하기 위한 특별위원회를 우선 설치하기로 하였다.

52) J. Crawford, The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal, American Journal of International Law Vol.88, p.140-(1994); J. Crawford, The ILC's Adopts a Statute for an International Criminal Court, American Journal of International Law Vol.89, p.404-(1995).

특별위원회에서의 논란을 거쳐 1995년 유엔 총회는 국제형사재판소 설립준비위원회를 설치하기로 하였다. 준비위원회는 1996년부터 여러 차례 회의를 거쳐 국제형사재판소 규정 초안을 완성하였고, 이는 1998년 6월 - 7월 로마에서 개최된 외교회의로 제출되었다.⁵³⁾ 회의에서는 특히 형사재판소의 관할, 기소절차, 안보리의 역할 등이 주요 논란의 대상이 되었다. 국제형사재판소 규정이 로마회의에서 총의로써 채택되었으면 하던 기대는 일부 반대국의 존재로 무산되었다. 결국 참석국중 120개국의 찬성, 미국, 이스라엘, 중국을 포함한 7개국의 반대, 일부 회교국과 상당수의 카리브해 국가를 포함한 21개국의 기권을 통하여 1998년 7월 17일 역사적인 국제형사재판소 규정이 채택되었다. 규정은 발효에 필요한 60개국 이상의 기준을 마치고, 2002년 7월 1일 발효하게 되었다.

아직 국제형사재판소가 처벌할 수 있는 국제범죄의 대상은 매우 제한적이나, 상설적 국제형사재판소가 출현하게 되었다는 것의 의미는 매우 심장하다. 이는 국제사회가 국제공동체로 발전하고 있음을 보여 주는 징표의 하나이며, 국제법의 역할의 새로운 지평을 개척한 사건이다. 국제형사재판소의 설립은 당사국의 국내법의 내용과 운영에 있어서도 적지 않을 영향을 미칠 예정이다. 국제형사재판소 관할권 행사에 있어서의 보충성의 원칙은 당사국이 자국내의 범죄 혐의자를 스스로 처벌할 책임이 있음을 전제로 한다. 국제형사재판소의 관할범죄인 제노사이드, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄에 관하여는 당사국이 국내 형법규정을 일치시키고, 이들 범죄에 대한 보편적 관할권을 행사할 수 있도록 체제를 갖추어야 할 것이다. 국제형사재판소로부터의 수사, 혐의자 체포 및 인도 협조요청을 실현시킬 수 있도록 국내법을 정비하여야 한다. 범죄인 인도상 자국민 불인도 조항을 갖고 있는 국가는 이에 대한 예외조항을 마련하여야 한다. 각국 국내법원은 심각한 인권침해와 관련된 범죄의 재판에 있어서는 필연적으로 국제적 동향에 한층 민감해져야만 한다. 국제형사재판소는 국제법과 관련하여 유엔이 만들어내 가장 획기적인 제도라고 평하여도 과언이 아니다.⁵⁴⁾

53) 최태현, 국제형사재판소 설립 논의: 과제와 전망, 국제법평론 1997-II, pp.106-108.
54) W. Schabas(전계주 2), pp.19-20.

국제형사재판소의 관할권 행사의 구도

최 태 현(한양대 법대 교수)

I. 서론

1998년 7월 17일 이태리 로마에서 채택된 국제형사재판소규정¹⁾(이하 ICC규정이라 함)이라는 조약에 의하여 설립되는 국제형사재판소(International Criminal Court: 이하 ICC라 함)는 “국제적 관심대상인 가장 중대한 범죄를 범한 자에 대하여 관할권을 행사하는 권한”²⁾을 가지는 상설적인 국제사법기구이다. 즉 ICC는 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 범한 자를 수사·기소·처벌하는 관할권을 행사할 수 있다.

ICC의 관할권의 범위 및 행사요건을 정하는 문제는 ICC규정 제정과정에서 가장 중요한 쟁점 중의 하나였다. 결국 ICC의 관할권은 개별국가가 행사할 수 있는 경우보다 다소 좁게 규정되기는 하였지만, 관할권의 4가지 종류인 물적 관할권(subject-matter jurisdiction: *ratione materiae*), 시간적 관할권(temporal jurisdiction: *jurisdiction ratione temporis*), 인적 관할권(personal jurisdiction: *jurisdiction ratione personae*) 및 영토 관할권(territorial jurisdiction: *jurisdiction ratione territorium or loci*)이 각각 상이한 정도로 허용되고 있다.

ICC규정 제2부는 “관할권, 재판적격성과 준거법”이라는 제목하에 관할권 문제를 다루고 있는데, 준거법에 관한 규정을 제외하면, 대체로 관할권의 종류 및 범위와 관할권 행사요건 등 관할권의 결정과 행사에 관한 제도, 관할권 작동제도(제소장치), 재판적격성과 관련된 제도 등 세 가지 제도에 대해 단계적으로 규정하고 있다. 이들 세 가지 제도는 상호 긴밀히 연관되어 있고 제 2부

1) Rome Statute of the International Criminal Court, adopted at Rome on 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9(이하 ICC규정이라 함).

2) *Ibid.*, 제1조.

이외의 다른 조항들도 관련되어 있으므로, 본 논문에서는 주로 이 세 가지 제도를 중심으로 관련 조문들(반드시 제2부의 규정에 한정되지 않음)의 입법과정과 내용을 분석하고자 한다. 특히 ICC규정은 관할권과 구별되는 개념으로서 재판적격성(admissibility)을 다루고 있고, 그 내용의 하나로서 보충성의 원칙(principle of complementarity)을 제시하고 있을 뿐 아니라, 일반 형법분야에서와 다소 다른 내용을 가진 일사부재리원칙도 규정하고 있으므로 본 논문은 그 구체적 내용과 법적 효과까지 분석하고자 한다.

ICC가 실제로 관할권을 행사하기 위하여는 앞의 세 가지 제도가 제공하는 내용을 모두 충족하여야 한다. 첫 번째 단계로는 i) 개인이 행한 행위가 ICC의 관할대상범죄에 속해야 하며, ii) ICC가 그 범죄에 대하여 관할권을 가져야 하며, iii) ICC가 그러한 범죄를 범한 개인에 대해 관할권을 행사할 수 있는 요건을 충족해야 한다. 두 번째 단계로는 그 범죄를 이유로 ICC가 관할권을 행사해 주도록 제소주체에 의한 제소가 있어야 한다. 세 번째 단계로는 일단 관할권을 확보한 ICC가 어떤 구체적 사건에 대해 실제로 재판을 할 수 있다는 재판적격성을 가져야 한다. 이와 같이 세 가지 제도가 각각 규정하는 단계별 내용 중 어느 하나라도 충족하지 않는 경우 ICC는 실제로 재판관할권을 행사할 수 없게 된다.³⁾ 따라서 본 논문은 ICC의 관할권 행사의 구도를 이 세 가지 단계로 나누어 각 구체적인 내용형성과 관련한 법적 논의 및 결과, 각 내용의 법적 효과와 문제점 등에 대하여 논하고자 한다.

II. 관할권의 결정과 행사에 관한 제도

1. 관할권의 종류 및 범위

(1) 물적 관할권

ICC의 물적 관할권, 즉 ICC의 관할대상범죄는 집단살해죄, 인도에 반한 죄,

3) 拙稿, “국제인도법 위반범 처벌을 위한 새로운 제도의 확립 : ICC규정을 중심으로”, 인도 법논총 제19호 (1999. 4), 대한적십자사 인도법 연구소, p. 175.

전쟁범죄, 침략범죄로 한정되어 있다.⁴⁾ 1994년 국제법위원회(International Law Commission)초안(이하 ILC초안이라 함)⁵⁾은 테러범죄, 마약거래범죄, UN안전요원에 대한 범죄 등 소위 조약상 범죄(treaty-based crime)도 포함하고 있었으나, 논의과정에서 조약상범죄를 제외한 소위 핵심범죄(core crime)에 해당하는 4가지 범죄만을 관할대상으로 하게 되었다.⁶⁾ 그 이유는 조약상 범죄는 국내법원에서 또는 국제협력을 통해서도 효율적으로 처벌할 수 있으며, 이들 범죄까지 포함하는 경우 ICC의 업무부담이 과다하게 될 우려가 있고, 핵심범죄에 한정하는 것만이 합의도출을 용이하게 할 수 있다는 데 있었다.⁷⁾ ICC는 또한 ICC의 운영을 방해하는 범죄에 대하여도 관할권을 가지고 이를 처벌할 수 있다.⁸⁾

ICC의 관할대상 범죄 중 침략범죄의 경우 정의규정과 관할권행사요건에 대한 규정이 결여되어 있어 현실적으로 ICC의 관할권행사대상에 속하지 않고 있다. ICC가 침략범죄에 대해 관할권을 실제로 행사할 수 있으려면 ICC규정 발효 후 7년이 경과한 후(2009년 7월 1일 이후)에 개최되는 당사국 회의 또는 재검토회의에서 침략범죄의 정의 및 이 범죄에 대한 관할권행사요건을 규정할 조항이 3분의 2의 다수결로 채택되어야 한다.

ICC의 물적관할권인 관할대상범죄의 정의 및 구성요건 등 기타 사항은 김영석 교수의 논문에 자세히 분석되어 있으므로 여기서는 더 이상의 언급을 하지 않는다.

(2) 시간적 관할권

ICC의 관할권은 오직 장래에 대해서만 발생한다. ICC는 이 규정이 발효되기 전에 발생한 범죄에 대해서는 관할권을 가지지 아니한다.⁹⁾ ICC규정에 새로 가

4) ICC규정 제5조.

5) Report of the International Law Commission on the Work of the its Forty-Sixth Session, UN GAOR, 49th Sess., Supp.No.10, UN Doc. A/49/10(1994).

6) 다만, UN안전요원에 대한 범죄는 전쟁범죄의 한 유형으로 포함되었다. *Ibid.*, 제8조 제2항 (b)(iii) 및 (e)(iii) 참조. 이 범죄는 주로 UN안보리 상임이사국들과 평화유지군을 파견하는 국가들이 주장한 결과로 포함되게 되었다.

7) A Position Paper of the Lawyers Committee for Human Rights, “Establishing an International Criminal Court : Major Unresolved Issues in the Draft Statute”, 1996. 8, p. 4.

8) ICC규정 제70조 및 제71조.

입하는 국가의 경우, ICC의 관할권은 그 국가의 가입이후에 발생한 범죄에 대해서만 적용된다.¹⁰⁾ 기존 비준국의 경우 발효일은 이제 2002년 7월 1일로 정해졌지만, 신가입국의 경우 발효일은 그 비준서가 기탁된 후 60일이 경과한 날 이후의 달의 첫 번째 날이 된다.¹¹⁾ ICC규정은 또한 형법의 일반원칙 중 '사람에 대한 소급금지'를 천명하면서 "어느 누구도 이 규정이 발효하기 전에 행한 행위를 이유로 이 규정에 따라 형사책임을 지지 아니한다"¹²⁾고 규정하고 있다. ICC규정 제11조 및 제24조는 사실상 밀접히 연관된 것이어서, 그 입법과정에서 통합이 제안되기도 하였다.¹³⁾

이러한 ICC의 시간적 관할권 적용에 있어서 한 가지 예외가 있는데, 그것은 국가는 - 설사 그 국가가 비당사국일지라도 - 특정한 범죄에 대하여 ICC의 관할권을 소급적으로 인정하는 임시선언을 할 수 있다는 것이다.¹⁴⁾ 그러나 이 경우에도 ICC는, 그 국가가 당사국이라면, 그 국가에 대하여 ICC규정이 발효한 날 이전에 발생한 범죄 또는, 그 국가가 비당사국이라면, 2002년 7월 1일 이전에 행하여진 범죄에 대해서는 관할권을 가질 수 없다.

시간적 관할권의 적용과 관련하여 몇 가지 주의해야 할 점이 있다. 첫째, ICC규정상 이와 같이 소급적용이 금지된 것은 ICC규정에 좀더 많은 국가들의 참여를 유도하기 위한 매우 현실적인 이유에 기인하는 것일 뿐, 소급적용금지가 ICC규정의 발효일 이전에 행한 비인도적 행위를 한 자의 책임을 면제시켜 주는 면죄부역할을 하는 것은 아니다.¹⁵⁾ 따라서 이들은 국내법원 또는 다른 국제재판소에서 처벌받을 수도 있을 것이다.¹⁶⁾ 특히 오늘날 이러한 범죄에 대해

9) *Ibid.*, 제11조 제1항(ICC는 이 규정이 발효한 이후에 행하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가진다).

10) *Ibid.*, 제11조 제2항(어느 국가가 이 규정이 발효된 이후 이 규정의 당사국이 되는 경우, ICC는 그 국가가 제12조 제3항에 따른 선언을 하지 않는 한, 이 규정이 그 국가에 대하여 발효된 이후에 행하여진 범죄에 대하여만 관할권을 행사할 수 있다).

11) *Ibid.*, 제126조 제2항.

12) *Ibid.*, 제24조.

13) Per Saland, "International Criminal Law Principles", in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer, 1999) 189, p. 197.

14) ICC규정 제12조 제3항.

15) William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2001), p. 57.

보편적 관할권(universal jurisdiction)을 확립하고 있는 국가가 늘어나고 있으므로 그러한 국가의 국내법원에 의한 처벌의 대상이 될 수도 있을 것이다. 둘째, 시간적 관할권문제는 죄형법정주의문제와 혼동하여서는 아니 된다. 후자는 '법이 없으면 범죄도 처벌도 없다'(nullum crimen nulla poena sine lege)는 규범으로서 행위 당시에 범죄로 규정되어 있지 않으면 이를 기소할 수 없다는 원칙이다. 그러므로 후자의 경우 개인의 형사책임자체가 발생하지 않는다.

로마회의시 '계속범'문제가 논의되었다. 특히 인도에 반한 죄 중 '강제실종' 또는 '강제이주' 등의 범죄는 ICC규정 발효전에 이미 행하여져 이 규정 발효후에도 계속 될 수 있는데, 이러한 범죄에 대하여 ICC가 관할권을 가질 수 있는지의 문제가 논의되었다. 제24조에서 단순히 "conduct prior to ..."로 하지말고 prior 앞에 'committed', 'occurred', 'commenced' 또는 'completed'를 추가하여 이 문제를 해결할 수도 있었지만, 6가지 공용어간의 의미차이를 극복하지 못하여 결국 이러한 단어의 사용을 피하고 현재와 같은 형태로 규정하였다. 그리하여 이 문제는 미해결의 상태로 남게 되었고 ICC가 추후 이 문제를 해결할 것이 기대되고 있다.¹⁷⁾

(3) 인적 관할권

ICC의 인적 관할권은 단지 개인에게만 미칠 뿐, 국가 또는 법인에게는 미치지 아니한다.¹⁸⁾ ICC 관할대상범죄를 범한 자는 개인적으로 책임을 지며 처벌을 받는다.¹⁹⁾

개인이 국제법에 반하는 범죄를 행한 경우 그러한 범죄를 행한 개인을 처벌함으로써만 국제법이 준수될 수 있다²⁰⁾는 데서 개인의 국제형사책임을 인정되

16) 과거 Nürnberg국제군사재판소와 동경극동군사재판소뿐 아니라, 구유고 및 르완다의 전범을 처벌하기 위한 임시국제형사재판소들은 동 재판소 설립이전에 이미 행하여진 행위를 범죄로 규정하여 처벌하였다. *Ibid.*, p. 58.

17) P. Saland, *supra* note 13, pp. 196-197; Raul Pangalangan, "Article 24", in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999) 467, pp. 471-472.

18) ICC규정 제1조와 제25조 제1항.

19) *Ibid.*, 제25조 제2항.

20) 1 Trials of the Major War Criminals before the International Military Tribunal 171, p.

기 시작하였다. Nürnberg재판소는 국제법은 주권국가의 행위에만 관련되고 있어 개인의 처벌을 규정하고 있지 않다는 전제를 거부하였을 뿐 아니라 국가의 행위가 쟁점이 된 경우 그것을 행한 자는 개인적으로 책임이 없다는 가정도 거부하였다.²¹⁾ 특히, 공적자격으로 국가를 위하여 행동하는 개인에게 국제법 준수 의무가 부과될 수 있다면 사적자격으로 행동하는 개인이 국제법에 구속되지 않을 법적인 이유가 없다는 주장이 제기되고 있다. 즉 국제법질서는 법의 지배를 확립하려고 하는 만큼, 법의 존중은 국제공동체의 모든 구성원에 의하여 동등하게 이루어질 때 가능하다는 논리가 개발되었다.²²⁾ ICC규정에 나타나는 인적 관할권은 바로 이러한 개인의 국제형사책임을 추궁하는 체제가 보다 한 차원 높게 확립되었다는 점을 보여준다.

오늘날 국제법은 국제법에 의하여 범죄로서 선언된 행위를 한 개인을 처벌하는 것을 허용하고 있는데, 여기서 주의해야 할 점은 개인이 국제형사책임을 직접 지는 경우는 국제관습법상 범죄로서 확인된 행위에 한정된다는 것이다. 물론 국가는 조약체결을 통하여 정부대리인으로 활동하는 개인에게 국제법상 형사책임을 지게 할 수는 있다. 그러나 국가는 특정 행위를 범죄로서 처벌할 수 있도록 하는 조약을 체결함으로써 사인의 행위를 국제범죄화하여 처벌할 수는 없다고 본다.²³⁾ 이 경우 조약당사국의 국제의무는 자국의 국내형사재판제도 내에서 그러한 행위를 범죄로 하여 처벌하겠다는 약속에 불과한 것이지 개인에게 직접 국제형사책임을 지게할 수는 없는 것이다.

ICC에서는 어떠한 개인도 국내법이 부여한 공적 자격에 기초하여 형사책임으로부터 면제되지 아니한다.²⁴⁾ 따라서 ICC관할대상범죄를 행한 국가원수 등이 ICC의 구금하에 있는 경우 그는 면제주장을 할 수 없다. 이러한 비면제 원칙은 Nürnberg재판 뿐 아니라 Genocide방지협약 제6조 및 중요 국내법원의 판

223, International Military Tribunal(Nuremberg), Judgement and Sentences, October 1, 1946, 41 *American Journal of International Law* 172 (1947), pp. 220-221에 재수록됨.

21) *Ibid.*, pp. 220, 223.

22) Rupa Bhattacharyya, "Establishing a Rule-of-Law International Criminal Justice System", 31 *Texas International Law Journal* 57 (1996), p. 94.

23) Johan D. Van Der Vyver, "Personal and Territorial Jurisdiction of the international Criminal Court", 14 *Emory International Law Review* 1 (2000), p. 9.

24) ICC규정 제27조.

례²⁵⁾를 통하여서도 확립되어 왔다.

로마회의에서 형사무능력자의 연령을 결정하는 문제에 많은 시간과 노력을 할애하였다. 그런데 각국마다 그 연령이 13세, 14세, 16세, 18세 등 매우 다양하게 제시되어 합의도출이 어려웠다. 이에 영국은 형사무능력연령 대신 관할권 배제의 방식을 주장하여 범죄행위시 18세 미만의 자에 대하여는 ICC가 인적 관할권을 가질 수 없도록 하자고 제안하여,²⁶⁾ 현재의 제26조의 규정을 입안하였다.

2. 관할권 행사의 전제요건

(1) 자동적 관할권

ICC가 그 관할대상범죄에 대하여 관할권을 행사하기 위해서는 국가에 의한 ICC관할권 수락이 필요하다. 그 방식으로서 ILC초안은 집단살해죄의 경우 고유관할권(inherent jurisdiction)제도²⁷⁾를, 나머지 4개 범죄에 대해서는 선택적 수락(opt-in)제도를 제시하였다. 후자는 국가가 ICC규정의 당사국이 될 때 별도의 선언을 통하여 4개 범죄 중 전부 또는 일부를 또는 특정기간 동안에 행하여진 행위에 대해서만 ICC의 관할권을 수락할 수 있도록 한 것이었다. 따라서 이러한 후자의 방식에 따르는 경우 ICC규정의 당사국이 그 선택의 폭을 제한하면 할수록 ICC의 관할권은 그 범위가 축소되어 ICC의 실효성을 저해하고 ICC를 명목상의 재판소로 전락시킬 위험을 내포하고 있었다.

미국은 이 당시부터 자국민이 ICC의 관할권하에 놓이게 되는 경우를 방지하기 위하여, 즉 미국인이 ICC에서 기소되어 재판을 받는 경우가 발생하는 것을 회피하기 위하여 고유관할권제도에 반대함은 물론, 선택적 수락/배제(opt-in/opt-out)방식 뿐 아니라 국가동의방식의 도입을 주장하였다. 특히 국가동

25) *R v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte* [1998] 4 *All England Law Reports* 897, [1998] 3 *Weekly Law Reports* 1456 (House of Lords).

26) UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGp/L.1, p. 2.

27) ILC초안, *supra* note 5, 제21조 제1항 a호. 고유관할제도란 1948년 집단살해방지협약 제6조가 이에 국제형사재판소의 관할권을 예정하고 있으므로 이 협약의 당사국인 국가가 ICC규정의 당사국이 되면 ICC는 집단살해범에 대해 본래부터 당연히 관할권을 가진다는 것이다.

의방식이란 ICC관할대상범죄에 대한 사실상의 수사가 개시되려면 피의자의 국적국의 동의가, 또는 특정한 개인에 대한 기소가 제기되려면 피고인의 국적국의 동의가 반드시 필요하다는 입장이다.

그런데 선택적 수락/배제방식의 경우 설사 당사국이 되려는 국가가 ICC관할대상범죄 전부에 대하여 배제선언을 하고 있더라도 자국민의 기소를 막을 수 없다는 결과가 나타난다. 즉 이러한 배제는 당사국으로 하여금 단지 어떤 범죄와 관련하여 ICC에 협력해야 할 의무로부터 면제시킬 뿐이지, 자국민이 행한 행위가 ICC관할대상범죄에 속하는 한 그러한 행위의 범죄적 성격을 없애주지는 않는다. 따라서 미국인이 ICC관할대상범죄 중 하나를 행한 경우 그는, ICC의 관할권을 작동하게 하는 모든 요건이 충족된다면, ICC에서 여전히 기소될 수 있는 여지를 남겨 두게 된다. 즉 이 경우 피고인 국적국의 특정범죄와 관련한 관할권 수락은 ICC의 관할권 행사의 기본적 전제조건이 아닌 것이다.

반면에 국가동의방식은 미국인이 ICC에 기소되는 것을 막을 수 있다. 이 경우 미국은 미국인이 ICC에서 기소되는 데 대해 동의를 하지 않으면 되기 때문이다. 그러나 이런 방식이 채택되게 되면 소위 미국이 불량국가(Rogue State)라고 부르는 국가들도 동일하게 ICC의 관할권으로부터 벗어날 수 있으므로 이러한 방식의 도입은 ICC의 존재의 자체를 무력화시키는 결과를 초래한다.

그 결과, 미국의 주장은 집단살해죄에 관하여는 고유관할권을 인정할 의도가 있지만, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 관한 한 - 미국은 처음부터 침략범죄의 도입에 대해서는 반대함 - ICC에의 기소에 있어 안보리의 허가를 요하도록 하는 것으로 변경되었다.²⁸⁾ 그렇게 되면 미국은 ICC에서 미국인이 기소되는 것을 막기 위하여 안보리에서 거부권을 사용할 수 있을 것이라는 계산이 깔려 있었다.

이러한 미국의 주장은 여러 가지 입장에서 수용하기 어려운 측면을 내포하고 있었다. 첫째 안보리에 ICC에서의 기소를 통제하는 권한을 부여하자는 제안은 ICC를 안보리의 정치적 도구로 전락시키는 결과를 초래한다.²⁹⁾ 둘째, 안

28) Bill Richardson, Statement at the Plenary Session of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (June 17, 1998); David Scheffer, Address at Parliamentarians Forum (Oct. 9, 1997).

29) Jelena Pejic, "Creating a Permanent International Criminal Court: The Obstacles to

보리 상임이사국들에게는 기소거부권을 부여한 반면 그 외의 국가들이 이와 동일한 권한을 가지지 못하는 것은 사법적 정의의 중요한 요소인 평등한 대우 및 무차별원칙을 위반하는 것이다. 셋째, 미국은 이러한 거부권을 자국민이 ICC에서 기소되는 것을 막기 위하여 사용할 의도를 가지고 있는데, 이는 세계의 모든 국가들에게 ICC는 미국 자신의 목적을 달성하기 위한 기구일 뿐이라는 인식을 심어주어 미국인을 제외한 모든 세계인들의 재판소가 될 우려를 낳게 한다.³⁰⁾ 넷째, 만일 모든 국가들이 자국민을 ICC에서의 기소에서 제외시킬 것을 요구하게 되면 ICC는 개점휴업상태에 돌입할 우려가 있다.

미국이 자국민을 ICC에서의 기소대상에서 제외시키려는 이러한 노력들은 결국 ICC의 관할대상인 모든 핵심범죄들이 국제관습법상 보편적 관할권이 적용될 수 있는 범죄들이라는 사실로 인하여 무산되었다. 핵심범죄에 대해 보편적 관할권이 적용된다는 것은 형사재판소의 관할권을 결정함에 있어 속지주의에 의존하지 않는다는 의미를 가진다.

결국 로마회의에서는 ICC의 관할권 수락제도와 관련하여 두 가지 입장이 대립하였다. 하나는 앞에서 언급한 선택적 수락방식 또는 국가동의방식을 선호하는 입장이며,³¹⁾ 다른 하나는 소위 보편적 관할권이 적용되는 핵심범죄에 한정하여 소위 자동적 관할권(automatic jurisdiction)을 도입하자는 입장이다.³²⁾ 미국은 당연히 보편적 관할권원칙을 배제하기 위하여 노력하였으며, 중국, 인도, 이스라엘 등 소위 국가의 형사주권을 강조하는 일부 국가들과 더불어 전자의 방식을 적극 옹호하였으나 뜻을 이루지 못하였다. 그 이유는 실효적인 ICC의 설립에 적극적인 태도를 보였던 EU국가를 비롯한 대다수 국가들이 핵심범죄는 국가들간에 그 범죄의 심각성과 중대성으로 인하여 진정한 합의가 도출될 수 있는 대상이며 또한 보편적 관할권이 인정될 수 있으므로, 이들 범죄에 대해

"Independence and Effectiveness", 29 *Columbia Human Rights Law Review* 291 (1998), p. 322.

30) Tina Rosenberg, "Conference Convocation for War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects", 13 *American Journal of International Law Review* 1406 (1998), pp. 1408-1410.

31) 이 입장은 ICJ규정과 다르지 않다. 즉 이 방식은 ICJ규정에 당사국이 되는 국가는 ICJ의 관할권을 수락하기 위하여 별도의 선언을 하여야 한다는 방식을 도입한 셈이다. W.A. Schabas, *supra* note 15, p. 62.

32) Bureau Proposal, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.59 (1998. 7. 10), 제7조, pp. 10-11.

ICC가 관할권을 가지는 방식에 굳이 국가의 별도의 동의가 필요하지 않다고 보았기 때문이었다.

로마회의에서의 논의과정에서 의장단은 범죄유형별로 상이한 관할권제도를 도입하자는 案도 제시하였으나,³³⁾ 대다수 국가들이 실효적인 ICC가 되기 위해서는 단일관할권제도(unitary jurisdiction system)가 바람직하다고 하여 이에 반대하였으므로, 결국 자동적 관할권제도가 채택되었다.³⁴⁾ 자동적 관할권제도는 준비위원회 제6회기시 독일과 영국이 각각 제출한 제안³⁵⁾속에 표현된 관할권 제도로서 그 주된 내용은 국가들이 ICC규정의 당사국이 되면 자동적으로 ICC 관할대상범죄 전부에 대해서 ICC의 관할권을 수락하는 것으로 본다는 것이다. 자동적 관할권제도는 관할권수락에 있어서 당사국으로서의 지위와 국가동의제도와 결합을 도모한 것이라 할 수 있다.

다만 자동적 관할권제도에는 두 가지 예외가 존재한다. 첫째, ICC규정을 비준할 때 국가는 전쟁범죄와 관련하여 ICC규정이 그 국가에 대하여 발효한 날 짜로부터 7년간 ICC의 관할권을 선택적으로 배제한다는 선언을 할 수 있다. 이러한 선택적 배제선언은 그 당사국으로 하여금 ICC와 협력할 의무를 배제시킬 뿐 아니라 그 기간동안 그 당사국의 영역내에서 발생하거나 그 국민에 의하여 행하여진 전쟁범죄에 대해서는 ICC의 관할권을 배제하는 효과를 가져온다.³⁶⁾ 둘째, ICC규정이 장래에 개정되어 새로운 범죄(예를 들어, 침략범죄)를 관할대상범죄로 포함하는 경우, 기존 당사국은 그러한 개정안을 수락하지 않을 수 있으며, 그러한 경우, ICC는 새로 포함된 범죄로서 개정안을 수락하지 아니한 당사국의 국민이 행하거나 그 당사국의 영역내에서 발생한 범죄에 대하여 관할권을 가질 수 없다.³⁷⁾

33) 집단살해죄에 대해서는 자동적 관할권을, 인도에 반한 죄와 전쟁범죄에 대해서는 선택적 수락(opt-in)체제를 도입하자고 하였다. Bureau Proposal, *ibid.*, 제7조 bis, p. 12.

34) ICC규정 제12조 1항.

35) 독일의 제안은 The Jurisdiction of the International Criminal Court-An Information Discussion Paper Submitted by Germany, UN Doc. A/AC.249/1998/DP.2(1998. 3. 23), p. 1 참조. 영국의 제안은 UC Doc. A/AC.249/1998/WG.3/DP.1, Annex, p. 4 참조.

36) ICC규정 제124조.

37) *Ibid.*, 제121조 제5항.

(2) 관할권 행사요건

가. 국가동의의 범위

ICC의 관할권 행사요건으로 논리적으로 가장 바람직한 방식은 ICC가 관할 대상범죄 모두에 대하여 보편적 관할권을 가짐으로써 국가의 별도의 동의가 없더라도 관할권을 행사할 수 있게 하는 것이다. 보편적 관할권은 그동안 국가가 비록 인적 또는 영토적 관련이 없는 범죄에 대해서도 그러한 범죄자를 처벌할 수 있는 몇몇 범죄에 대하여 적용되어 왔다. 국제관습법상 보편적 관할권의 대상인 범죄는 해적행위, 노예매매, 아동 및 부녀자 거래 등을 들 수 있다.

이들 범죄에 대해 보편적 관할권이 인정된 이유는 이러한 범죄들이 주로 공해와 같이 어느 국가의 영역적 관할권에도 속하지 않는 곳에서 행해진다는 데서 찾을 수 있다. 즉 관할권 행사의 측면에서 볼 때 공해는 무주물이 아니라 만민공유물로 간주되므로 어떠한 국가도 이 곳에서 행해진 범죄에 대해 관할권을 행사할 수 있다는 것이다. 그 후 그 근거는 형식적인 것으로부터 실질적인 것으로 변경되었다. 즉 보편적 관할권원칙은 어떤 범죄가 세계적으로 심각하게 비난의 대상이 되어 그 범죄자는 인류의 적으로 된다는 주장에 근거하게 되었다. 결국 보편적 관할권원칙의 적용기준은 범죄의 잔학성에서 찾아야 한다. 그 결과 오늘날 집단살해죄, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄는 국가의 보편적 관할권이 적용된다는 점이 널리 인정되고 있다.

국제법의 개념으로서 보편적 관할권은 i) 국제법의 이행과 관련되고 있으며, ii) 국제관습법상 가장 잔학한 범죄에 적용되고 있으며, iii) 어느 국가의 국내 법원에서도 기소될 수 있음을 의미하며, iv) 범죄발생장소를 묻지 아니하고 적용된다는 특성을 가지고 있다.³⁸⁾ 다만 보편적 관할권원칙의 이행은 그 국가의 헌법 및 형법체제에 달려 있다는 것을 간과해서는 안된다. 국제법이 자기집행적이며 국내제정법에 우선하는 국가에서는 법원은 별다른 입법이 없더라도 보편적 관할권을 행사할 수 있다. 물론 국제법이 자기집행적이지만 그 국가제정법보다 하위의 효력을 가지게 되어 충돌이 없는 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 그러나 이와 같지 아니한 국가에서는 국내입법을 통하여 속지주의의 예외로서 규정하여야 보편적 관할권을 적용할 수 있을 것이다.³⁹⁾

38) Johan D. Van Der Vyver, *supra* note 23, pp. 38-39.

그러나, 국가들은 실제로 ICC관할대상범죄들에 대해 보편적 관할권을 거의 행사하지 않고 있으며, 많은 국가들은 그들이 과거에는 외교적 또는 기타 이유로 회피하고 싶어했던 문제들에 연루되는 것을 선호하지 않는 경향이 있다. 따라서 이러한 상황에서 ICC의 관할권 행사요건과 관련하여 다양한 제안이 나타났는 바, 이러한 제안들은 ICC에게 가능한 한 광범위한 관할권을 부여하려는 입장에서 관할권의 범위를 가능한 축소시켜 결과적으로 ICC를 무력하게 만들려는 입장까지 다양하게 나타났다.

ILC초안에 따르면, ICC는 집단살해죄에 대해서는 다른 국가의 별도의 동의가 없더라도 관할권을 행사할 수 있지만, 나머지 4개의 범죄의 경우 ICC가 관할권을 행사하기 위해서는 그 범죄가 발생한 범죄발생지국(territorial State)과 피의자를 구금하고 있는 구금국(custodial State)이 그 범죄와 관련하여 ICC의 관할권을 수락하여야 하며,⁴⁰⁾ 구금국이 범죄인인도요청을 받은 경우에는 인도청구국(requesting State)까지도 이러한 수락을 하여야 한다.⁴¹⁾ 따라서 이들 국가중 어느 한 국가라도 관련범죄가 발생한 전후에 별도의 선언을 통하여 그 범죄와 관련하여 ICC의 관할권을 수락한다는 동의를 하지 않는 경우 ICC는 관할권을 행사할 수 없다.

이와 같이 관할권행사의 요건으로 별도의 국가동의를 요구하는 ILC초안은 4가지 범죄와 관련하여 ICC가 실제로 관할권을 행사하는 것을 곤란하게 할 우려가 있다. 현실적으로 범죄발생지국과 구금국 모두의 동의를, 때에 따라서는 인도청구국까지의 동의를 얻을 가능성이 크지 않기 때문에 이러한 요건은 4가지 범죄에 대한 ICC의 관할권행사를 제약하는 요인으로 작용할 것이다.

이러한 선택적 수락제도가 안고 있는 문제점을 회피하기 위해 외교회의에서는 ILC초안 이외에 4개의 제안이 경합하였다. 첫째는 독일안으로서 이 제안은 이미 설명한 바와 같이 국가가 ICC규정의 당사국이 되면 그것만으로 핵심범죄 전체에 대하여 ICC의 관할권을 수락한 것으로 보며, ICC의 관할권행사에 다른 특정한 국가의 동의라는 별도의 요건을 필요로 하지 않는다는 것이다. 독일안은 ILC초안이 집단살해죄에만 고유관할권을 적용하고 있을 뿐, 나머지 핵심범죄

39) *Ibid.*, p. 39.

40) ILC초안, *supra* note 5, 제21조 1항 b호.

41) *Ibid.*, 제21조 2항.

죄에 대한 ICC의 관할권 행사는 특정한 국가의 특정한 범죄에 대한 별도의 동의에 의존하고 있어, 國際刑事司法的 正義의 실현이 관련국의 의사여하에 따라 단편적이고 선택적으로 나타나며 때로는 그 지연이나 방해를 초래할 가능성이 높다는 비판하에 제시된 것이다.⁴²⁾

그리하여 獨逸案은 현행국제법상 모든 국가는 핵심범죄에 관하여 범인의 국적, 피해자의 국적, 범죄발생장소에 관계없이 보편적인 형사관할권을 행사할 수 있다는 데 근거하였다. 즉 각국은 핵심범죄의 경우 구금국, 범죄발생지국 또는 기타 국가의 사전동의 유무에 관계없이 자신만의 국내형사관할권을 행사할 수 있으며 이는 광범위한 국가관행에 의하여 확인되고 있다는 것이다. 따라서 이와 같이 국가가 행사할 수 있는 보편적 관할권을 ICC가 국가와 동일한 지위에서 행사하지 못할 이유가 없다는 것이 독일제안의 주된 법적 논거이다. 다시 말하여 독일안은 ICC의 실효성을 제고하기 위해 ICC의 관할대상범죄를 현행 국제법상 국가가 보편적 관할권을 가지는 핵심범죄에 한정하되, 국가의 ICC규정가입과 동시에 ICC에게도 핵심범죄 전부에 대해 그러한 보편적 관할권을 행사할 수 있도록 하자는 것이다.⁴³⁾

둘째는 英國案으로서 자동적 관할권에 기초하면서 ICC가 관할권을 행사하려면 범죄발생지국과 구금국 모두가 ICC의 관할권을 수락해야 한다는 것이다. 영국안은 그후 구금국을 삭제하여 범죄발생지국만이 ICC규정의 당사국이거나 ICC의 관할권을 수락할 것을 요구하는 새로운 제안을 제시하였다.⁴⁴⁾

셋째는 韓國案이다. 이는 ICC관할권행사의 근거로서 국가동의를 강조하되, 관할권의 수락과 행사를 이원적으로 분리하지 않고 이를 하나의 행위로서 통합시킴으로써 자동적 관할권에 기초한 제안으로서, 범죄발생지국, 구금국, 피고인 국적국, 피해자 국적국 등 4가지 부류의 이해관계국중 하나 이상의 국가가 ICC규정의 당사국이거나 ICC의 관할권을 수락한 경우 ICC가 관할권을 행사할 수 있도록 하자는 것이다.⁴⁵⁾ 한국안은 기본적으로 ICC가 국가의 동의에 의하

42) Human Rights Watch, Non-Governmental Organization Action Alert, No. 3(1998. 2), p. 3.

43) 독일제안, *supra* note 35, p. 2-3.

44) Bureau Discussion Paper, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53(1998. 7. 6), 제7조의 option 2, p. 12.

45) Proposal Submitted by the Republic of Korea for Article 6, 7 and 8, UN Doc. A/DONF.183/ C.1/L.6(1998. 6. 30), paras. 3 & 4, p. 2.

여 창설되는 국제기구라는 점에서 핵심범죄와 ICC간에 관할권적 관련성(jurisdictional link)을 정당화시키는 근거를 국가동의에서 구하면서, 관할권적 관련성을 충족시키기 위한 선행조건으로서 이러한 범죄에 대해서 이해관계가 있는 국가들중 하나 이상의 국가가 ICC의 관할권 행사에 동의할 것을 요구하였다.⁴⁶⁾ 물론 이러한 동의는 ICC규정에 당사국이 되는 것에 의하여 추정되도록 하였다.

결국 한국안은 ICC가 현실적으로 국가동의에 의하여 설립되는 국제기구라는 점을 감안할 때 국가에게 인정되는 보편적 관할권이 그대로 ICC에게도 적용될 수는 없다고 보아 이를 보완하기 위해 일정한 이해관계국의 동의에 의한 관할권적 관련성을 요구한다는 측면에서 독일안과 구별된다. 한국안은 또한 자동적 관할권에 기초하여 일정한 부류의 이해관계국의 동의가 필요하다는 측면에서는 영국안과 동일하나, 다만 관할권 행사의 선행조건으로서 영국안은 범죄발생지국과 구금국 모두의 동의를 요구함으로써 누적적 접근방식을 사용하고 있는데 반하여, 한국안은 4가지 부류의 이해관계국중 한 국가 이상의 동의를 요구함으로써 선택적인 접근방식을 채용함으로써 영국안보다는 관할권행사의 범위를 넓게 하고 있다는 장점이 있다. 한국안은 외교회의에서 보편적 관할권을 주장하는 독일등 다수 서구제국의 입장과 매 사례마다 국가동의에 입각하여 ICC가 관할권을 행사하도록 하여야 한다는 선택적 국가동의체제를 주장하는 반대 입장이 상호평행선을 보이면서 대립양상이 해소되지 않음에 따라 양측 입장의 법적 문제점을 분석하고 이를 타협에 의해 해결할 목적으로 제시된 절충안이 었다.

네번째는 美國案이다. 해외군사활동이 많은 미국은 그 군대구성원이 ICC에 기소되는 것을 방지하기 위하여 인도가 주장하여 왔던 적극적 속인주의 근거하여 ICC의 관할권 행사는 반드시 피고인 또는 피의자 국적국에 의한 관할권 수락이 필요하다는 입장을 천명하였다.⁴⁷⁾ 미국은 보편적 관할권을 행사할 수 있는 ICC는 법적인 근거가 없으며 기본적으로 선택적 수락체제를 지지하는 동시에 피고인국적국의 동의가 절대적으로 필요하다고 주장하였다. 따라서 미

46) *Ibid.*, para. 2, p. 1.

47) Bureau Proposal, *supra* note 32, 제7조 2항 option 3, p. 11.

조사 및 수집, 증인심문 등 재판진행과 관련된 중요한 요소를 결여하게 되어 실효적인 관할권행사가 불가능해질 것이다. D국이 비당사국으로서 ICC에 대해 협력을 거부하는 때에도 역시 ICC는 피고인의 신병을 확보하지 못하게 되며, 이 경우 결석재판을 금지하고 있는⁵³⁾ ICC의 재판절차를 고려한다면 재판은 원천적으로 불가능해진다. ii) B국만이 ICC규정의 당사국인 경우 또는 비당사국이지만 사후에 동의를 부여하는 경우 역시 구금국인 D국이 비당사국으로서 ICC에 협력을 거부한다면 동일한 결과가 초래될 것이다. iii) A국, B국이 모두 ICC규정의 당사국인 경우 또는 비당사국이지만 이들 국가 모두가 사후에 ICC의 관할권행사를 수락한 경우에도 마찬가지로 실제로 관할권행사가 불가능한 경우가 발생할 수 있다.

ICC에 의한 관할권행사가 실제로 불가능한 경우는 자동적 관할권제도하에서만 나타나는 것은 아니다. 국가동의라는 관념에 근거하지 않은 고유관할권제도나 보편적 관할권제도를 채용하였다 하더라도 상기 예에서와 동일한 결과가 초래될 수 있다. ICC가 조약에 의해 설립되는 기구인 만큼, ICC는 동의를 부여하지 않는 비당사국에게까지 강제적으로 관할권을 행사할 수는 없다. 국제인도법 위반범을 처벌하기 위해서는 ICC의 관할권행사 요건이 충족되는 것이 일차적으로 가장 중요하겠지만, 이에 못지 않게 실제로 비당사국으로부터 국제협력을 확보하는 것도 매우 중요하다고 할 것이다.

III. 제소장치

ICC가 관할권을 행사하려면 ICC관할대상범죄가 발생하였다고 ICC에 제소함으로써 수사를 개시시키는 절차가 필요하다. 이를 제소장치(trigger mechanism)라고 한다. 실제로 이러한 절차가 촉발되기 전까지 ICC의 관할권 행사는 이루어지지 않고 정지상태에 있게 된다.⁵⁴⁾ 따라서 제소라 함은 ICC관할대상범죄가

53) ICC규정 제63조 1항.

54) Zoe Konstantopoulou, "Jurisdiction, Trigger Mechanisms, Admissibility: A Commentary on the Draft Statute of the International Criminal Court to be Established by the Rome Diplomatic Conference", ELSA Greece, Athens, 1998. 6, p. 10.

발생한 듯이 보인다는 정보를 ICC에 제공함으로써 ICC에 의한 수사 및 기소를 개시시키는 것을 말한다. ICC에 제소할 수 있는 주체는 ICC규정당사국, 안보리, 소추관(Prosecutor)을 들 수 있다.⁵⁵⁾

1. 당사국에 의한 제소

당사국이 제소하는 경우 제소는 그 내용이 가능한 한 정확하고 포괄적이어야 하므로 관련 사정을 명기하고 제소국이 입수할 수 있는 증빙서류를 첨부하여야 한다.⁵⁶⁾ 로마위원회 회의에서는 제소대상을 범죄(crime) 또는 사안(matter)으로 할 것인지 또는 좀 더 포괄적인 개념인 상황(situation)으로 할 것인지에 대하여 많은 논의가 있었다. 후자의 경우 전자보다 제소국의 입증책임은 좀 가벼워지겠지만 정치적 이해관계로 인한 남소의 위험은 커진다는 단점이 있었다. 논의결과 범위를 축소하는 방안은 ICC의 관심을 특정한 사안 또는 범죄에게로만 선택적으로 집중시켜 다른 부류의 사안 또는 범죄를 간과하도록 할 수 있으므로 ICC의 공정성을 저해할 수 있다는 점과 당사국에 의한 제소시 제소대상과 안보리에 의한 제소시 제소대상간에 차별을 둘 필요가 없다는 점을 고려하여 '상황'을 제소대상으로 채택하였다.⁵⁷⁾

'상황'이라 함은 ICC관할대상범죄가 발생하였다고 믿어지는 전반적인 사실적 맥락을 말한다. 따라서 당사국에 의한 제소는 안보리에 의한 제소와 마찬가지로 특정한 개인에 대하여는 이루어질 수 없고, 그 결과 당사국에 의한 제소는 어떤 특정인을 지명하여 제소하는 정치적 도구로 이용될 여지가 없다고 할 것이다. '상황'이라는 개념은 포괄적인 성격을 가지므로 일정한 충돌, 그룹 또는 군부대 중 어느 특정 당사자를 선별해내는 것과 같이 협의로 또는 제한적으로 해석될 수 없을 뿐 아니라, 전반적인 맥락을 언급하지 않고 특정한 사건을 지칭하는 것으로도 해석될 수 없다.⁵⁸⁾ 이는 '상황'이라는 개념의 의미가 때에 따

55) ICC규정 제13조.

56) *Ibid.*, 제14조 제2항.

57) *Ibid.*, 제13조 a호 및 b호. 이에 반해 소추관의 경우에는 직접 특정한 '범죄'와 관련하여 수사를 개시할 수 있도록 규정하고 있다. *Ibid.*, 제13조 c호.

58) M Cherif Bassiouni, "Explanatory Note on the ICC Statute", *International Review of Penal Law* (2000), p. 17.

라서는 다양하게 나타날 수 있음을 뜻하지만, 소추관에 의하여 맥락에 맞게 구체적으로 그 범위가 점차 축소되어 특정한 사건으로 결정될 것이며 궁극적으로는 3인의 재판관으로 구성되는 재판부의 사법심사와 항소재판부에 의한 최종심사에 맡겨지게 될 것이다.⁵⁹⁾

2. 안보리에 의한 제소

안보리도 ICC의 소추관에게 제소할 수 있는데, 안보리가 가지는 이러한 역할은 i) 안보리가 국제평화와 안전 유지에 제1차적 책임을 지는 기관이므로 ICC와 안보리는 국제평화와 안전의 유지라는 공통의 목표를 달성하기 위해 협력이 불가피하다는 것과 ii) 안보리에게 제소권이 인정되지 않으면 안보리는 현실적으로 그 본연의 임무를 수행하기 위하여 임시국제형사재판소를 설치할 수밖에 없을 것이고 그렇게 되면 ICC의 존재의의를 반감시킬 수 있다는 이유에서 인정되었다. 즉 안보리의 역할 인정은 ICC의 효과적인 기능수행에 도움이 된다는 인식하에 이루어졌다.

안보리가 어떤 상황을 ICC의 소추관에게 제소하는 경우, 안보리는 UN헌장 제7장에 따라 행동하고 있어야 한다. 따라서 안보리가 제소하는 상황은 '국제평화와 안전에 대한 위협', '평화의 파괴', '침략행위' 등 UN헌장 제39조가 상정하는 상황을 포함하고 있어야 한다. 안보리가 UN헌장 제7장에 따라 ICC에 상황을 회부하는 경우, ICC는 제12조 제2항의 요건, 즉 범죄발생지국 또는 피고인국적국이 ICC규정의 당사국인지 여부에 신경을 쓸 필요가 없다. ICC는 안보리 제소의 유일한 요건으로서 그 상황이 '국제평화와 안전에 대한 위협'등을 포함하고 있는지, 즉 안보리가 UN헌장 제7장에 따라 유효하게 행동하고 있는지를 평가할 수 있다.

안보리에 의하든 당사국에 의하든 ICC의 소추관에 대한 상황의 회부가 있는 경우, 소추관은 제소된 내용이 수사개시를 위해 충분한지를 평가해야 하는데, ICC규정에서는 그 기준으로서 "절차를 진행할만한 합리적 근거"(reasonable

59) ICC규정 제61조 및 제82조. 그러한 두 단계에서의 8명의 재판관에 의한 사법심사는 절차의 완전성을 보장하게 될 것이다.

basis to proceed)가 있을 것을 요구하고 있다.⁶⁰⁾ 또한 안보리 또는 당사국에 의한 '회부'(referral)는 모두 동일한 차원으로 다루어져야 한다. 따라서 안보리에 의한 회부가 ICC소추관에게 기소의무를 부과하는 것으로 해석되어서는 안 된다. 양 제소주체에 의한 회부는 모두 수사를 촉발시킬 수 있는 사실관계에 대해 단지 소추관의 주의를 환기시키는 의미를 가질 뿐이다. 따라서 이러한 회부가 있게 되면 소추관은 수사를 진행하여 특정인을 기소하는 데 '합리적 근거'에 해당하는 충분한 증거가 있는지 여부를 결정하게 된다.

안보리는 또한 당사국에 의한 상황회부이든 소추관의 독자적인 수사개시이든 12개월 동안 ICC가 '상황'에 대하여 행하는 수사와 기소를 연기시킬 수 있는 권한을 가지고 있다.⁶¹⁾ 이러한 연기는 이론상 영구적일 수 있는 듯이 보인다. 안보리는 UN헌장 제7장에 따른 결의를 채택하여 ICC에서의 수사와 기소를 중지시킬 수 있고, 이러한 요청은 동일한 조건하에서 갱신이 가능하기 때문이다.

이 조항은 입법과정에서 상당한 시간을 할애하여 논의되었는데 현재의 조항은 그나마 과거 ILC초안의 관련조항과 비교할 때 상당히 진전된 것에 해당한다. ILC초안에 따르면, 안보리가 UN헌장 제7장에 따라 심의중인 상황에 관하여는 ICC에서 기소를 할 수 없도록 하였다.⁶²⁾ 이러한 내용은 지나치게 안보리의 역할을 인정하였다는 비판의 대상이 되었다. 왜냐 하면 ICC가 어떤 범죄에 대해 ICC의 관할권행사요건을 충족하여 수사 및 기소를 하는 경우에 안보리의 한 이사국은 그 문제를 의제에 상정시킴으로써 ICC에서의 기소를 정지시킬 수 있기 때문이다. 따라서 ILC초안의 관련조항에 따르는 경우, 안보리 구성국의 정치적 의사에 따라 ICC의 관할권행사 여부가 좌우되어 ICC의 사법적 독립성과 공정성을 훼손할 우려가 있다는 비난이 쇄도하였다. 심지어 관련사안이 계속 안보리의 수중에 있는 한 ICC의 기능은 마비될 것이며, 상임이사국 국민은 ICC에서 재판을 받지 않게 될 가능성이 크다는 지적도 나왔다.⁶³⁾ 따라서 이러한 과도한 권한 인정에 대해 합리적 제한이 가해져야 한다는 요구가 제기되었다.

60) *Ibid.*, 제53조 제1항.

61) *Ibid.*, 제16조.

62) ILC초안, *supra* note 5, 제23조 제3항.

63) A Position Paper, *supra* note 7, pp. 17-18.

결국 준비위원회 논의과정에서 싱가포르를 비롯하여 다수국가의 공감을 얻은 제안을 내놓았다.⁶⁴⁾ 싱가포르의 취지는 안보리가 수사나 기소를 하지 말도록 하는 방침을 주는 경우 ICC는 수사나 기소를 개시하거나 그 후의 절차를 진행시킬 수 없다는 것인데, 이 안에 따르면 안보리 5대 상임이사국 모두가 ICC의 수사 또는 기소가 개시되지 말 것을 지지하는 경우에만 ICC의 관할권행사를 저지시킬 수 있다. 즉 싱가폴안은 안보리의 반대결정이 없는 한 ICC가 관할권을 행사할 수 있도록 함으로써 안보리의 역할에 대해 합리적인 제한을 가한 대안으로 평가받았다. 실제로 이 수정안은 안보리가 ICC의 기소를 방해하는 것을 극단적으로 어렵게 하고 있다.

3. 소추관의 독자적인 수사개시권

소추관은 안보리 또는 ICC규정 당사국에 의한 상황회부가 없더라도 독자적으로 ICC관할대상 범죄에 대하여 수사를 개시할 수 있다. 이 경우 소추관은 당사국 또는 안보리에 의한 제소의 경우와는 달리 '상황'의 회부가 아닌 특정한 '범죄'에 대해 수사를 하게 된다.⁶⁵⁾ 소추관에게 독자적인 수사개시권을 부여하는 문제에 대해서도 많은 찬반 논의가 있었지만, 결국 소추관이 정치적 관여를 배제하고 자신의 임무를 수행하는 것이 바람직하다는 인식하에 이를 인정하게 되었다. 그리하여 소추관은 접수된 정보의 중대성을 분석하고 자유롭게 국가, UN의 기관, IGO나 NGO 또는 다른 믿을만한 情報源으로부터 추가적인 정보를 구할 수 있으며, ICC소재지에서 서면 또는 구두의 증언을 접수할 수 있다.⁶⁶⁾

그동안 논의과정에서 소추관은 국가원수까지도 기소할 수 있는 지구상에서 가장 영향력있는 인물인 만큼, 정치적 동기에 의해 자신의 권한을 남용할 수 있는 위험이 크다는 점이 자주 지적되었다. 따라서 대다수 국가들은 이를 방지

64) "No investigation or prosecution may be commenced or proceed with under this Statute where the Security Council has, acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, given a direction to that effect.", Proposal by Singapore on Article 23, Non-Paper/WG.3/No.16(1997. 8. 8).

65) ICC규정 제13조 c호 및 제15조 제1항.

66) *Ibid.*, 제15조 제2항.

하기 위해 소추관의 독자적인 제소권 행사를 일종의 사법적 감시와 심사에 맡기는 등 견제할 필요성이 있다는 점을 인식하게 되었다.⁶⁷⁾

소추관의 독자적 수사개시권의 남용을 방지하기 위해 독일과 아르헨티나는 준비위원회 제6회기에서 소추관의 기소재량에 대한 견제장치에 관한 제안을 하여 외교회의에서 압도적인 지지를 받았다.⁶⁸⁾ ICC규정에 따르면, 소추관은 수사를 개시할만한 합리적인 근거가 있다고 결론을 내리는 경우 수집한 증빙자료를 송부하여 전심재판부(Pre-Trial Chamber)의 허가를 구할 의무를 진다. 이때 피해자는 전심재판부에서 자신의 입장을 진술할 수 있다.⁶⁹⁾ 전심재판부는 다음의 2가지, 즉 i) 합리적 근거의 존재 유무, ii) 그 사건이 ICC의 관할권내에 속하고 있다고 보여지는지 여부를 심사하여 수사개시를 허가하는데, 이러한 허가는 그후 그 사건에 대한 관할권과 재판적격성에 대한 ICC의 결정에 영향을 미치지 아니한다.⁷⁰⁾ 이때 전심재판부가 수사개시허가를 거절하더라도 소추관은 다시 동일한 상황에 대해 새로운 사실이나 증거에 기초하여 다시 허가를 구할 수 있다.⁷¹⁾

IV. 재판적격성에 관한 제도

재판적격성(admissibility)이라 함은 ICC가 적절하게 관할권을 가지는 사건(case)을 재판할 수 있다는 것을 뜻한다. 따라서 ICC가 특정사건에 대해 관할권을 행사할 수 있는 경우에도 재판적격성이 충족되지 않으면 ICC는 그 사건

67) United Nations High Commissioner for Human Rights, "The High Commissioner's Position Paper on the Establishment of a Permanent International Criminal Court", Geneva, 1998. 6. 15, para. 70, p. 21. Lawyer Committee for Human Rights, "The Accountability of an Ex Officio Prosecutor", *International Criminal Court Briefing Series*, Vol. 1, No. 6, 1998. p. 7.

68) 최종통합초안(Draft Statute for the International Criminal Court), UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8(1998. 4. 2), 제10조 quater(information submitted to the Prosecutor), pp. 28-29 참조. 이 독일-아르헨티나안은 외교회의에서 다시 일부 수정된 제안으로 제출되어 ICC규정 제15조로 채택되었다.

69) ICC규정 제15조 3항.

70) *Ibid.*, 제15조 4항.

71) *Ibid.*, 제15조 5항.

을 재판할 수 없다. 여기서 '사건'(case)이라 함은 제소대상인 '상황'(situation)과는 달리 엄격히 특정한 범죄로 인하여 피고인이 된 특정인을 지칭한다. 즉 관할권을 결정하고 행사하는 단계에 있어서 ICC는 ICC관할대상범죄가 행하여졌다는 '상황'을 다루지만, 재판적격성을 검토하는 단계에 이르면 기소가 '사건'의 확인에까지 진전되어 나아가게 된다.⁷²⁾

ICC에서 관할권에 관한 규칙은 엄격하고 어떠한 예외도 허용하지 않는데 반하여, '재판적격성'은 어느 정도의 재량의 여지가 있는 듯이 보인다. 즉 ICC는, 사건 당사자가 제기하지 않더라도, 스스로 ICC가 어떤 사건에 대해 관할권을 가지고 있다는 것을 항상 확인하여야 하는 반면, 재판적격성에 대한 결정은 단지 임의적으로 할 수 있다.⁷³⁾ 또한 재판적격성문제 판단에 있어서 재판적격성을 충족하였는지 여부, 다시 말하여 ICC가 특정사건을 재판하여도 되는지 여부에 관한 결정의 주체는 ICC로 하고 있는 점⁷⁴⁾도 주의할 필요가 있다. 입법과정에서 국가의 형사주권의 우월성을 강조하는 중국, 인도 등 일부국가들은 이러한 결정주체는 국내법원이 되어야 한다고 주장하였으나 결국 받아들여지지 않았다.

'재판적격성'이란 소추관이 어떤 상황을 정당하게 수사하고 그러한 상황내에서 행하여진 특정범죄를 확인하고 그러한 범죄에 대해 책임이 있는 자를 기소한 후 비로소 확정되는 어떤 사건에 대해 적용될 수 있는 소송의 한 단계를 말한다.⁷⁵⁾ 따라서 재판적격성의 문제는 소송이 다소 진행이 된 중요한 단계에서 발생한다. ICC에 재판적격성이 없는 경우는 ICC규정 내에 마련되어 있는 다음과 같은 규정에 잘 나타나 있다.

제17조(재판적격성의 문제)

1. 전문 제10항과 제1조를 고려하여 재판소는 다음의 경우 사건에 재판적격성이 없다고 결정한다.

(a) 사건이 그 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가에 의하여 수사되고 있거

72) Ruth B. Philips, "The International Criminal Court Statute : Jurisdiction and Admissibility", 10 *Criminal Law Forum* 61 (1999), p. 77.

73) ICC규정 제19조 제1항.

74) *Ibid.*, 서두(Chapeau).

75) 2. Konstantopoulou, *supra* note 54, p. 31.

나 기소되어 있는 경우. 단, 그 국가가 진정으로 수사나 기소를 할 의사가 없거나 능력이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

- (b) 사건이 그 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가에 의하여 수사되었고 그 국가가 관련자를 기소하지 아니하기로 결정한 경우. 단, 그 결정이 그 국가의 진정한 기소의사 부재 또는 무능력에 기인한 경우는 그러하지 아니하다.
- (c) 관련자가 제소의 대상인 행위에 대하여 이미 재판을 받았고, 또한 재판소에 의한 재판이 제20조 제3항에 따라 허용되지 아니하는 경우
- (d) 사건이 재판소에 의한 추가 소송을 정당화할 만큼 충분히 중대하지 아니한 경우⁷⁶⁾

이상에서 보는 바와 같이 재판적격성에 대한 판단은 i) 보충성의 원칙, ii) 일사부재리원칙, iii) ICC관할대상에 속할 정도로 범죄가 중대한지 여부라는 세 가지 기본적 요소에 따라 달라지게 된다. 이 세 가지 요소는 또한 ICC의 설립 목적을 분명하게 해준다. 즉 이러한 요소들은 한편으로는 피고인의 권리를 보호하면서 다른 한편으로는 국내관할권을 보충함으로써 중대한 범죄를 범한 자를 정당하게 처벌하는 것을 보장한다는 개념을 뒷받침하고 있다.

1. 보충성의 원칙

ICC규정 입법과정에서 보충성(complementarity)이라는 영어 단어에 새로운 의미가 부여되었다. '보충성'이라는 용어는 로마 카톨릭이론에서 양성(兩性)간의 공생관계를 나타내기 위하여 흔히 사용되어 왔지만, ICC규정에서는 ICC규정의 제2차적 역할 - 중요도에 있어서가 아닌 사건의 전개과정에 있어서의 역할 - 을 지칭하게 되었다.⁷⁷⁾ 즉 이 용어는 국내법원이 국제범죄를 범한 자를 기소하는 제1차적 권리·의무를 가지며, ICC의 관할권은 국내법원을 보충하므로 국내법원이 기소할 의사가 없거나(unwilling) 기소할 수 없는(unable) 경우에만 ICC의 관할권은 원용될 수 있다는 의미를 가지게 되었다.

76) ICC규정 제17조 제1항.

77) Johan D. Van Der Vyver, *supra* note 23, p. 66.

사실상 '보충성'(complementarity)이라는 용어는 ICC규정 그 어디에도 나타나 있지 않다. 다만, 前文 제10항은 "이 규정에 따라 설립되는 국제형사재판소는 국가의 형사관할권을 보충하는(complementary) 것"이라고 천명하였고, 제1조에서도 보충성의 원칙을 ICC체제의 초석으로 보아 이를 반복하고 있으며, 제17조에서는 "재판적격성의 문제"라는 제목하에 전문 제10항과 제1조를 명시적으로 언급하고 있다.

보충성의 원칙이란 특별위원회(ad hoc Committee)의 토의과정에서 처음 나타난 용어로서 ICC와 국내법원간의 관할권 배분관계를 다룬다.⁷⁸⁾ 즉, 이 원칙은 ICC는 국내법원을 보충하는 것이며 이를 대체하는 것이 아니므로 국제법상 중대한 범죄를 행한 자를 재판에 회부할 제1차적 책임은 국내법원이 져야 하고 ICC는 다만 국내법원이 이러한 기능을 제대로 수행하지 않을 때 보충적으로 관할권을 행사할 수 있을 뿐이라는 것을 의미한다.⁷⁹⁾

'보충성'이라는 용어는 다소 명칭이 잘못 선택된 듯이 보이기도 한다. 왜냐하면 이 용어가 지칭하려는 것이 국제재판과 국내재판간의 관계로서 양자의 관계는 보충적이라고 하기보다는 오히려 반대로 또한 어느 정도는 상호간에 적대적으로 기능하기도 하기 때문이다.⁸⁰⁾ '보충성' 개념은 구유고국제형사재판소(ICTY)와 르완다국제형사재판소(ICTR)의 경우에는 전혀 어울리지 않는다. 이들 국제형사재판소의 관할권은 국내법원의 관할권에 우선한다.⁸¹⁾ 따라서 이들 재판소는 국내법원체제의 불완전성을 언급할 필요없이 당연히 일정한 국제범죄를 행한 자에 대하여 관할권을 행사할 수 있다.

ICC가 국내형사관할권을 보충하고 있기 때문에, ICC규정당사국이 피의자를 ICC에 인계하는 것은 ICC규정이라는 조약에 따르는 의무일 뿐, 그것 자체가

78) Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 50th Sess., No. 22, UN Doc. A/50/22(1995), para. 29, p. 6.

79) *Ibid.*, paras. 29, 31, p. 6 참조.

80) W.A. Schabas, *supra* note 15, p. 67.

81) ICTY규정, 제9조 제2항, 32 *International Legal Materials* 1192 (1993), p. 1194; ICTR규정 제8조 제2항, 33 *International Legal Materials* 1602 (1994), p. 1605. Jelena Pejic, "The Tribunal and the ICC : Do Precedents Matter?", 60 *Alabama Law Review* 841 (1997), pp. 854-855; Bartram S. Brown, "Primacy or Complementarity : Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", 23 *Yale Journal of International Law* 383 (1998).

국가주권을 왜곡시키지 않으며, 타국(예를 들어 범죄인의 국적국 또는 피해자의 국적국)의 국가주권도 침해하지 않는다.⁸²⁾ 이러한 인계는 개인의 권리도 침해하지 않는다. 왜냐하면 이러한 인계는 기소되는 관할법원만 바뀌었을 뿐이며, ICC는 이 경우 국제인권법규범에 따라 관할권을 행사하는 것이므로 개인의 권리가 국내법원보다 더 침해된다고 보기 어렵다.

(1) 기소의사부재(unwillingness to prosecute)

ICC규정은 보충성의 원칙아래 ICC가 특정 사건을 재판할 수 있는 전제요건으로서의 '의사부재'(unwillingness)에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

2. 특정사건에서 당해국가의 의사부재를 결정하기 위하여, 재판소는 국제법에 의하여 승인된 적법절차원칙을 고려하면서 다음의 어느 하나 또는 그 이상이 적용가능한 것으로서 존재하는지 여부를 심의한다.
- (a) 제5조에 규정된 재판소관할권내의 범죄에 대한 형사책임으로부터 관련자를 보호할 목적으로 소송절차가 착수되었거나 또는 착수중이거나 또는 국내적 결정이 내려진 경우
 - (b) 관련자를 재판에 회부하려는 의도와 양립 할 수 없는 소송절차에 있어서의 부당한 지연이 있었던 경우
 - (c) 소송절차가 독립적으로 또는 공정하게 진행되지 않았거나 진행되지 아니하고 있으며, 또한 관련자를 재판에 회부하려는 의도와 양립할 수 없는 방식으로 소송절차가 진행되었거나 또는 진행중인 경우⁸³⁾

〈'의사부재' 문제는 국가가 외관상으로는 수사와 기소를 진행시키고 있지만 끝까지 이를 관철시키고자 하는 의지를 결여하고 있거나 눈속임재판을 진행하여 피고인으로 하여금 추후의 소송절차에서 자신이 이미 재판 또는 유죄판결을 받았다는 이유로 국제형사책임을 회피하게 하려는 경우 발생하게 된다〉 "국제법에 의하여 승인된 적법절차원칙을 고려하고"라는 문구는 ICC로 하여금 국내재판의 질적 수준을 절차적 측면에서 뿐 아니라 실질적인 공정성을 확보하고

82) M. Cherif Bassiouni, *supra* note 58, p. 8.

83) ICC규정 제17조 제2항.

있는지의 측면에서도 평가할 것을 요구하고 있다고 해석된다.

기소의사부재라는 개념은 특히 구금국에게 '기소 아니면 인도'(*aut dedere aut judicare*)이라는 국제형법상의 의무를 부과시킨다. 따라서 구금국은 자국의 국내법원에 피의자를 기소하지 않는 경우 그를 ICC에 인계(surrender)하여야 할 것이다. 물론 이 경우 어떤 상황하에서는 그를 기소할 관할권을 가지는 타국으로 우선적으로 인도해야 하는 경우도 발생할 수 있다.

오늘날 국가들은 형사사법절차에서 서로 협력하여 '가장 기본적인 규범을 위반한 자'를 재판에 회부하는 데 강제적인 이해관계를 가지고 있을 뿐 아니라 그렇게 해야 할 의무까지 지고 있다고 보여진다.⁸⁴⁾ 그 결과 전쟁범죄, 인도에 반한 죄, 집단살해죄 등 심각한 국제범죄를 기소해야 할 강제적이고 적극적인 의무가 있다고 본다.⁸⁵⁾ ICC관할대상범죄가 이와 같이 '국제사회가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄'에만 한정되고 있으므로 '보충성'에 관한 규정들은 ICC규정 당사국들에게 이러한 범죄를 행한 자를 그 국내법원에서 기소할 의무를 명확히 부여하고 있는 셈이다. 따라서 구금국인 당사국이 이러한 의무를 다할 의사가 없거나 다할 수 없는 경우, 구금국은 ICC에 피의자를 인계해야 하는 의무를 진다고 볼 수 있다.

기소의사부재와 관련하여, 구금국은 피의자에 대하여 사면(amnesty)을 부여함으로써 ICC의 관할권을 회피할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 일부 견해에 따르면, 국가관행은 국제관습법상 인도에 반한 죄에 사면을 부여하여서는 안될 의무가 존재한다는 것을 지지하지 않고 있으며, UN 자신도 최근에 평화정착을 위한 사면을 인정하는 데 법적 장애가 없는 것으로 보고 있으므로,⁸⁶⁾ 때에 따라서는 구금국이 ICC의 관할권을 배제하기 위하여 사면을 이용할 가능성이 나타날 수 있다.

84) Mark R. von Sternberg, "A Comparison of the Yugoslavian and Rwandan War Crimes Tribunals: Universal Jurisdiction and the 'Elementary Dictates of Humanity'", 22 *Brooklyn Journal of International Law* 111 (1996), p. 151.

85) Lee A. Steven, "Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations", 39 *Virginia Journal of International Law* 425 (1999), p. 442.

86) Michael Scharif, "The Letter of the Law: The Scope of the International Legal obligation to Prosecute Human Rights Crimes", 59 *Law & Contemporary Problems* 41 (1996), pp. 59-61.

사면부여의 국제법적 효력에 대하여는 견해가 대립된다. 일반적으로는 보편적 관할권이 적용되는 범죄로서 국제관습법상 금지된 범죄행위에 일반사면을 부여하는 것은 개념상의 모순을 발생시켜 합법화될 수 없다는 주장이 강하다.⁸⁷⁾ 특히 집단살해죄와 같은 인권위반행위는 절대로 사면되어서는 안된다는 주장도 제기되고 있고, 현대 국제법은 승계정부에게는 국제관습법상 범죄에 해당하는 잔학한 행위를 한 선행정부의 구성원을 처벌해야 할 의무가 있다고 주장하기도 한다.⁸⁸⁾ 이러한 의무는 국가의 의무이므로 정부가 변경되더라도 국가는 이러한 국제책임을 벗어날 수 없다고 하며, 인권의 중대한 위반범을 처벌해야 할 국제법상 의무는 심지어 군사독재정부로부터 민주정부로 이전하는 경우에도 사면을 금지시킨다고 주장하기도 한다.⁸⁹⁾ 반면, 아직까지는 국가관행이 일치하고 있지 않아 국제관습법상 승계정부가 인도에 반한 죄를 범한 자들을 어떠한 상황하에서도 처벌해야 할 의무가 있다고 보기는 어렵고, 또한 국제법이 장래에도 이를 지지할 만큼 충분히 발전할 것 같지 않다는 지적도 있다.⁹⁰⁾

ICC규정은 ICC관할대상범죄와 관련한 이러한 불확실성을 치유하고 있다. 즉 ICC규정은 승계정부가 이러한 범죄를 행한 자들을 재판에 회부할 의사가 없는 경우 ICC가 개입하여 그들을 기소할 수 있도록 하고 있다.

문제는 진실위원회(truth commission)가 설치되어 사면을 행하는 것이 일사부재리원칙의 적용대상인 '타법원에서의 소송절차'에 해당하는가에 있다. ICC의 경우, 과도기에 있는 국가의 경우 그들의 과거와의 화해를 모색하여 정의를 회복시키려는 성실한 노력을 평가해주는 것이 바람직해 보인다. ICC는 기소의사부재를 파악하는 차원에서 진실위원회의 본안을 심리할 수 있는 것이 합리적인 듯이 보인다. 만일 진실위원회가 단지 관련자의 형사책임을 면하게 해주려고 설립되었다든지 또는 진실위원회 절차가 관련자를 재판에 회부할 의도와 합치하지 않는 방식으로 수행되고 또한 독립적으로 또는 공정하게 진행되지

87) John Dugard, "Reconciliation and Justice : The South African Experience", 8 *Transnational Law & Contemporary Problems* 277 (1998), pp. 307-308.

88) Diane F. Orentlicher, "Setting Accounts : The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", 100 *Yale Law Journal* 2537 (1991), pp. 2595-2612.

89) Juliana Kokott, "No Immunity for Human Rights Violations in the Americas", 14 *Human Rights Law Journal* 153 (1993), pp. 158-159.

90) John Dugard, *supra* note 87, pp. 306, 308.

않은 경우, 사면은 어떠한 효력도 가질 수 없을 것이다.

몇몇 학자들은 진실위원회가 사면을 부여할 때 충족해야 할 국제적 기준을 제시하기도 하였다.⁹¹⁾ 이러한 기준은 ICC가 한 국가내에서 행해진 화해조치에 대해 보충성의 의미내에 있는 기소의사부재에 해당하는지를 결정하는 데 유용한 지침으로 이용될 수 있을 것이다. 그러한 기준은 미주인권위원회와 같은 지역적 인권조약체제에서 제시되기도 하였다.⁹²⁾ 남아공은 실제로 진실·화해위원회(Truth and Reconciliation Commission)를 설립하여 진실에 기초한 자백을 한 자에 대하여 사면을 행한 바 있는데 이는 국제법상 국가의 기소의사부재에 해당되지 않는 가장 이상적인 모델로 널리 지지 받아 왔다.

(2) 기소불능(Inability to prosecute)

한 국가의 기소불능은 객관적으로 입증될 수 있다. ICC규정 제17조 제3항은 그 기준으로서 다음과 같이 규정하고 있다.

3. 특정사건에서 당해 국가의 무능력을 결정하기 위하여, 재판소는 그 국가의 사법제도의 전반적인 또는 실질적인 붕괴나 이용불능으로 인하여 그 국가가 피고인이나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 또는 달리 그 소송절차를 수행할 수 없는지 여부를 고려한다.

기소불능은 이와 같이 한 국가의 사법제도의 전반적인 또는 실질적인 붕괴의 경우 ICC의 관할권을 발동시킬 뿐 아니라, 그러한 제도를 이용할 수 없는 경우, 예를 들면 문제의 행위가 그 국가 내에서는 범죄로 되지 않는든지 또는 법적으로 그 국가에서 발생한 것으로 되지 않는 경우에도 나타날 수 있다. '이용불가능'이라는 개념은 또한 어떠한 행사재판제도도 존재하지 않는 국가에도 적용될 것이다.

91) Robert O. Weiner, "Trying it Make Ends Meet : Reconciling the Law and Practice of Human Rights Amnesties", 26 *St. Mary's Law Journal* 857 (1995), p. 871.

92) 미주인권위원회가 제시한 기준에 관하여는 Johan D. Van Der Vyver, *supra* note 23, pp. 86-89에 수록된 예 참조.

2. 일사부재리원칙

일사부재리원칙(principle of *ne bis in idem*)은 제17조에 규정된 보충성의 원칙의 당연한 결과로서, 보충성의 원칙과 유사하게 국내법체계가 이미 관할권을 행사한 경우 ICC가 다시 관할권을 행사하는 것을 금지시키고 있다. 일사부재리원칙의 자세한 내용은 다음과 같이 규정되어 있다.

제20조(일사부재리)

1. 이 규정에 규정된 경우를 제외하고, 누구도 재판소에 의하여 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방되었던 범죄의 기초를 구성하는 행위에 대하여 재판소에서 재판을 받지 아니한다.
2. 누구도 재판소에 의하여 이미 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방되었던 제5조에 규정된 범죄에 대하여 다른 법원에서 재판을 받지 아니한다.
3. 제6조, 제7조 또는 제8조에 따라 금지된 행위에 대하여 다른 법원에서 재판을 받았던 어떠한 사람도, 다른 법원에서의 소송절차가 다음과 같은 경우가 아닌 한, 동일한 행위에 대하여 재판소에 의하여 재판을 받지 아니한다.
 - (a) 재판소 관할권내의 범죄에 대한 형사책임으로부터 관련자를 보호할 목적인 경우. 또는
 - (b) 국제법에 의하여 승인된 적법절차의 규범에 따라 독립적으로 또는 공정하게 이루어지지 않았고, 또한 그러한 사정하에서 관련자를 재판에 회부하려는 의도와 양립하지 않는 방식으로 행하여진 경우⁹³⁾

제20조 일사부재리원칙에 있어서 국내소송절차가 적법하였는지의 기준은 제17조의 '기소의사부재 또는 기소불능' 기준과는 달리 '논속임재판' 기준이라는 점에서 다소 상이하다. 그 내용은 제3항에서 볼 수 있듯이 범죄에 대한 형사책임으로부터 관련자를 보호하려는 경우와 재판이 독립적으로 또는 공정하게 이루어지지 않음과 동시에 관련자를 재판에 회부하려는 의도와 양립하지 않는 방식으로 행하여진 경우 ICC는 다시 재판을 할 수 있다는 것이다.

일사부재리원칙의 적용과 관련하여 두 가지 점에 유의해야 한다. 첫째, 제20조 제3항 및 제17조 제1항 c호가 동일한 '행위'에 대하여 재판을 받지 않는다고 규정하고 있는 것은 문제를 발생시킬 수도 있다. 왜냐하면 집단살해를 행한 어떤 개인이 이미 국내법원에서 재판을 받았는데, 다만 살인죄와 같이 일반 형법상의 범죄로 재판받은 경우에도 이 원칙은 적용될 수 있기 때문이다. 이러한

93) ICC규정 제20조.

상황의 허용은 오히려 국제범죄를 경시하게 하고 자신의 행위를 국제범죄에 해당하지 않는다고 오도하는 데 기여할 수 있는 위험이 있다. 물론 살인은 모든 사법제도에서 매우 심각한 범죄로서 일반적으로는 가장 중대한 형벌이 부과되고 있다. 아마도 제20조 제3항 및 제17조 제1항 c호도 이러한 측면을 고려하고 있는 듯 한데, 이왕이면 동조 제2항처럼 '범죄'에 대해서 일사부재리원칙을 적용하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

다른 하나는 제20조 제2항이 ICC관할대상범죄 중 하나를 이유로 이미 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방한 경우 동 범죄에 대해서는 국내법원에서의 재판을 금지하고 있다는 사실이다. 이러한 규정은 동조항이 국내법원에서의 기소대상에서 ICC의 관할대상범죄를 제외하고 있어서 기소대상을 좁히는 결과를 초래하고 있다. 왜냐하면 국제재판소의 일반적인 입장은 국제인권법상 일사부재리원칙은 동일한 관할지역에만 적용되는 것이지 ICC와 국내법원간에 볼 수 있는 바와 같이 서로 다른 관할지역에서의 재판까지 금지하는 것은 아니라고 보고 있기 때문이다.

결국 일사부재리원칙은 단순히 ICC가 관련되어 있는 때에만 적용되는 것이며, 국내법원에 의해 유죄선고를 받거나 무죄석방된 경우에는 ICC에서의 제2차적 기소는 금지되지만, 타국 법원에서의 제2차적 기소는 금지하고 있지 않은 듯 하다.

3. 범죄의 중대성

ICC는 국제공동체 전체가 관심을 갖는 가장 중대한 범죄만을 재판할 수 있다. 이러한 중대성을 갖추지 못한 범죄는 어떤 사건의 재판적격성의 근거를 제공하지 못한다. '충분한 중대성'(sufficient gravity)이라는 요건은 사소하거나 일상적인 범죄에 대해 ICC가 간여하는 것을 배제함으로써 국가주권원칙에도 합당하며, 이러한 범죄까지 ICC가 관할하게 될 때 초래될 수 있는 ICC의 엄청난 재정적 부담도 경감시켜 줄 수 있다는 것이다.

V. 결론

ICC규정은 그동안 1999년 2월 2일 세네갈이 첫 번째 비준국이 된 이래 3년여가 경과된 2002년 7월 1일 드디어 발효하였다. 이와 같은 상설적인 국제형사재판소의 설립은 20세기부터 발전하여온 개인의 국제형사책임을 추궁하는 제도의 질적인 도약으로서 그 의의가 매우 크다고 할 것이다. ICC의 설립은 국제공동체 전체가 염려하는 가장 극악한 국제범죄를 범한 개인이 처벌받지 않는 상태에 놓이게 되는 것을 방지하려는 세계 여론의 결연한 의지가 집약된 결과라고 볼 것이다.

ICC의 관할권 행사의 구도는 이전에 조약체제의무와는 다른 양상을 보여준다. 그것은 ICC규정에 대한 비준을 하지 않은 국가의 국민도 ICC에서 기소되어 처벌받을 수 있는 관할권구조를 갖추었기 때문이다. 자국영역내에서 집단살해죄, 인도에 반한 죄 또는 전쟁범죄 등이 발생한 국가는 설사 ICC규정을 비준하지 않더라도 일반적으로는 ICC가 그러한 범죄를 재판하는 관할권을 금지시킬 수 없다. 마찬가지로 피고인의 국적국도 ICC규정의 당사국이 되지 않는다고 하여 ICC의 관할권 행사를 전면적으로 금지시킬 수 있는 것이 아니다.

미국은 그동안 국제평화와 안전을 유지하는 데 선봉에 서있는 국가로서 이러한 책무를 수행하는 자국군대의 일원이 ICC에서 기소되거나 재판을 받는 것을 심히 꺼려하여 ICC의 관할권행사요건으로서 피고인 국적국의 동의를 필수적인 것으로 해야 한다고 주장하였으나 그 뜻을 이루지 못하였다. 미국의 입장을 정당화하려는 이러한 노력은 미국 대표단의 수석대표인 David Scheffer의 UN총회 제6위에서의 다음과 같은 연설속에 잘 나타나 있다.

“로마에서 우리 모두는 국제재판소가 대규모 살인, 대규모 강간, 또는 자국민에 대한 대규모 고문을 자행하는 독재자를 기소할 수 있도록 해야 하는 반면, 국가들이 국제평화와 안전을 보호하는 노력에 기여하는 것을 억제하지 않도록 하자는 공동의 목적을 공유하였다. 그러나 로마에서 제12조와 관련하여 나타난 결과의 아이러니는 우리에게 대하여 사라지지 않고 있다. 다음과 같은 상황을 고려해 보자. ICC규정의 당사국이 아닌 국가가 그 영역내에 있는 소수민족에 대해 테러전을 개시하였다. 수천명의 무고한 시민이 살해당했다. 국제평화와 안전이 위태롭게 되었다. 미국이 이러한 살해행위에 개입하여 중단시키기 위하여 군사력을 사용하는 동맹군에 참여하였다. 불행하게도 그렇게 함에 있어서 군사적 목표에 가하려는 폭탄이 빗나가 병원에 맞고, 아파트 건물을 붕괴시켰다. 몇몇 시

민들은 인간방패로 이용되어 미국군인에 의해 피격되었다. 잔학행위에 책임이 있는 국가가 미국의 장교와 사령관이 ICC에서 기소되어야 한다고 요구한다. 이러한 요구에 일단의 국가들이 지지를 보낸다. 로마조약의 규정에 따르면, 안보리의 회부가 없는 한, ICC는 수천명을 살해한 책임이 있는 자들은 수사할 수 없는 반면에, 미국의 장교, 사령관 및 군인들은 국제수사 및 심지어 기소까지에 직면할 수 있는 것이다”⁹⁴⁾

그러나 Scheffer대사의 이러한 말에는 여러 가지 오류가 있다. 우선 그가 예시한 사건은 전쟁범죄를 적용할 만큼의 요건을 충족하지 않을 뿐 아니라 고의라는 정신적 요건도 충족하지 못함을 간과하고 있다. 또 그가 말한 “수천명을 살해한 책임이 있는 자들”이 ICC에서 수사될 수 없다고 하였는데, 그 근거가 무엇인지 명확하지 않다. 이 경우 이들의 형사책임은 당해 국가의 ICC규정의 비준여부와는 상관없이 발생한다. 물론 이들이 소재하고 있는 국가가 비당사국이라면 ICC규정에 따라 이들의 기소와 인계를 강제할 수는 없을 것이다. 그리고 Scheffer대사의 가정처럼 이러한 상황이 국제평화와 안전을 위협하는 경우라면 안보리는 이들을 ICC에 회부하지 않을 이유를 찾기 힘들 것이다. 결국 미국의 염려는 과장되어 있으며, 오히려 ICC에 참여하는 데 있어서 가지는 미국의 이익은 미국이 ICC에 대하여 가상적으로 가질 수 있는 최대한의 염려보다 훨씬 크다고 할 수 있다.⁹⁵⁾

따라서 미국의 ICC체제에의 참여거부는 명분에 불과할 뿐 실질적으로는 ICC가 미국민을 기소하고 재판하는 것을 막을 수는 없다. 물론 미국은 ICC규정 제98조 제2항을 활용하여 개별국가와의 합의를 통하여 미국민의 ICC에로의 인계를 금지시킬 수는 있겠지만, ICC의 관할권행사 자체를 저지시킬 수는 없다.

ICC의 실제적인 관할권행사는 ICC가 국내법원을 보충하는 지위에 있다는 보충성의 원칙의 충실한 준수를 통하여서만 회피될 수 있다. 따라서 국내법원이 ICC관할대상범죄에 대하여 성실하게 기소하고 처벌하는 한, ICC에서 재판을 받는 것을 막을 수 있을 것이다.

ICC설립에 즈음하여 한가지 아쉬운 점은 ICC규정 입법과정에서 강력하고

94) David I. Scheffer, Address at Sixth Committee of the General Assembly (Oct. 21, 1998).

95) M. Cherif Bassiouni, War Crimes Tribunal : The Records and the Prospects Conference Convocation - Response to Ambassador Scheffer's Speech", 13 *American Journal of International Law Review* 1383 (1998), p. 1403.

독립적이고 공정한 ICC를 만드는데 기본적으로 필요한 관할권적 원칙과 요소들이 실질적으로 압도적 다수의 지지를 받았음에도 불구하고 타협에 의하여 희생되었다는 것이다. 흔히 콘센서스의 추구는 최소한의 공통된 기준을 규범으로 만드는 뜻으로 작용할 수 있음을 상기할 때 그나마 현재와 같은 관할권행사의 구도가 이루어진 것에 만족할 수밖에 없을 것이다. 관할권제도에 대해 제시되었던 반대의견이 오히려 관할권제도의 세련화에 기여한 측면도 있었기 때문이다.

국제형사재판소의 관할대상범죄

김 영 석(아주대학교 법학부 조교수)

I. 서론

1998년 여름, 이태리 로마에서는 UN 주관하에 상설적인 국제형사재판소 설립을 위한 전권외교회의(로마회의)가 개최되었다. 이 회의에서는 국제형사재판소(International Criminal Court: ICC) 설립을 위한 국제형사재판소 규정(로마규정 또는 ICC 규정)이 찬성 120개국, 반대 7개국으로 채택되었다. 우리나라를 비롯한 세계대다수 국가들이 로마규정에 찬성하였고, 미국, 중국 등 7개국은 반대하였다. 이렇게 채택된 국제형사재판소 규정은 제5조에서 ICC의 관할대상 범죄로서 다음과 같이 네 가지 범죄를 규정하고 있다.

제5조

재판소 관할권내의 범죄

1. 재판소의 관할권은 국제공동체 전체가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄에 한정된다. 재판소는 이 규정에 따라 다음의 범죄에 관하여 관할권을 가진다.
 - (a) 집단살해죄
 - (b) 인도에 반한 죄
 - (c) 전쟁범죄
 - (d) 침략범죄
2. 재판소는, 침략범죄를 정의하고 재판소가 이 범죄에 관하여 관할권을 행사하는 조건을 정하는 조항이 제121조 및 제123조에 따라 채택되는 경우, 이 범죄에 대하여 관할권을 행사한다. 그러한 조항은 국제연합헌장의 관련규정과 양립하여야 한다.¹⁾

1) 로마규정 제6조, Statute of the International Criminal Court, 1998년 7월 17일 채택, UN

따라서, ICC는 집단살해죄(genocide), 인도에 반한 죄(crimes against humanity), 전쟁범죄(war crimes)와 침략범죄(crime of aggression)에 대해 관할권을 행사한다. 이들 네 가지 범죄는 로마에서 개최된 유엔전권외교회의(로마회의)시 소위 “핵심범죄(core crimes)”로 분류되었다. 그러나, “테러범죄”, “마약불법거래와 관련된 범죄” 등 소위 “조약상의 범죄(treaty crimes)”는 ICC 규정초안에는 포함되어 있었으나 로마회의에서 삭제됨에 따라 ICC는 이러한 범죄에 대해서는 관할권을 행사하지 않는다. “조약범죄”를 로마규정에서 제외시킨 이유는 테러범죄 등 “조약범죄”의 정의에 대해 합의를 이루기 어려우며, 현행 국제조약과 국내법으로도 처벌이 가능하다고 판단했기 때문이다.²⁾ 또한, 로마회의에 참가한 대표단들은 “핵심범죄”에 대해서는 국제법상 “보편적 관할권(universal jurisdiction)”이 확립되었으나 “조약범죄”는 아직 “보편적 관할권”의 대상범죄로 보기 어렵기 때문에 로마규정 제12조 등 재판소의 관할권 관련 규정을 “핵심범죄”와 “조약범죄”에 함께 적용하기 곤란하다는 점도 고려되었다.³⁾

한편 핵심범죄 중에서도 침략범죄는 로마회의에서 참가국가들간의 이견으로 그 정의규정은 채택되지 못하고 ICC의 관할대상범죄로만 규정되게 되었다.⁴⁾ 즉, 침략범죄에 대해서는 범죄의 정의와 관할권을 행사하는 조건을 정하는 조항이 채택될 때까지는 ICC가 관할권을 행사할 수 없도록 하였다.⁵⁾ 그러나 집단살해죄, 인도에 반한 죄와 전쟁범죄는 각각 로마규정 제6조, 제7조, 제8조에서 자세한 범죄의 정의규정을 두고 있다.

필자는 1998년 로마회의에 우리나라의 정부대표단의 일원으로서 참가하여 로마규정의 입법교섭과정에 참여하였고 그 후의 유엔의 국제형사재판소 설립을 위한 준비위원회(Preparatory Commission)에도 참가하여 ICC의 관할대상범

Doc. A/CONF.183/9 참조.

2) 자세한 회의교섭경위 등은 김영석, "The Crime of Aggression in the International Criminal Court", 『서울국제법연구』, 제7권 제2호(2000.11), 45-83쪽 참조.

3) Ibid.

4) Ibid.

5) 로마규정 제5조 2항, 이 항은 “재판소는, 침략범죄를 정의하고 재판소가 이 범죄에 관하여 관할권을 행사하는 조건을 정하는 조항이 제121조 및 제123조에 따라 채택되는 경우, 이 범죄에 대하여 관할권을 행사한다. 그러한 조항은 국제연합헌장의 관련규정과 양립하여야 한다.”고 규정하고 있다.

죄에 대한 범죄구성요건 작성작업에도 관여하였다. 따라서, 현재의 ICC 관할대상범죄에 관한 로마규정의 관할대상범죄 규정과 범죄구성요건 규정에 대한 필자의 내부적인 관찰내용과 관련규정의 교섭경위 등을 소개하는 것이 ICC 관할대상범죄의 개념 이해에 매우 필요한 일이라고 생각한다.

그러나, 제한된 지면과 ICC 관할대상범죄와 관련하여 제기될 수 있는 많은 쟁점들을 고려해볼 때 ICC 관할대상범죄에 관한 모든 쟁점을 이 논문에서 다루는 것은 거의 불가능할 것으로 판단된다. 따라서, 후일의 추가적인 연구를 기대하면서, 이 논문에서는 필자가 이해하기에 로마회의시 중요하게 다루어졌던 쟁점을 중심으로 국제형사재판소규정의 ICC 관할대상범죄의 개념을 파악해보고자 한다.

아울러, 이 글에서는 2001년 9월 11일 미국의 테러 대참사를 저지른 테러범들의 행위가 ICC 관할대상범죄에 해당하는지도 살펴보고자 한다. 9.11. 테러행위는 일응 인도에 반한 죄를 구성하는 것으로 보인다. 그러나, 국제법은 인도에 반한 죄의 개념을 로마규정을 통해 정의하고 있고 이러한 정의는 우리가 상식적으로 이해하는 인도에 반한 죄와 다소 차이를 보일 수도 있다. 따라서, 9.11 테러행위가 과연 ICC 관할대상범죄에 해당하는지, 그렇다면 어떤 범죄에 해당하는지 하는 것을 살펴보는 것도 ICC 관할대상범죄를 이해하는데 도움이 될 것으로 판단된다.

II. 집단살해죄

1. 의의

국제형사재판소 관할대상 범죄 중 집단살해죄에 대해서는 로마회의시 참가국들이 빠르게 합의에 도달하였다. 즉, 로마회의에 참가한 대표단들은 집단살해죄를 ICC의 관할 대상범죄로 할 것과 집단살해죄의 정의로서 1948년 “집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약”⁶⁾상의 정의 규정을 사용할 것에 합의하였다.

6) 영문명칭은 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide이며,

이러한 참가국들의 합의에 따라 로마규정 제6조가 다음과 같이 채택되었다.

제6조

집단살해죄

이 규정의 목적상, “집단살해죄”라 함은 국민적, 종족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 가지고 행하여진 다음의 행위를 의미한다.

- (a) 집단의 구성원을 살해하는 것
- (b) 집단의 구성원에 대하여 중대한 육체적 또는 정신적 위해를 야기시키는 것
- (c) 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활조건을 집단에게 고의적으로 과하는 것
- (d) 집단내에 있어서의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치를 과하는 것
- (e) 집단의 아동을 강제적으로 타 집단에 이동시키는 것

이 제6조는 집단살해죄 방지협약 제2조와 동일하다. 집단살해죄는 독일 나찌 정권이 약 600백만의 유대인을 대량학살 했던 잔혹한 역사적 경험을 기초로 탄생한 범죄이다. 따라서 2차대전후에 국제연합총회는 1947년 12월 11일부 결의 96(1)에서 집단살해는 국제연합의 정신과 목적에 반하며 또한 문명세계에서 최악으로 단정한 국제법상의 범죄라고 선언하였다.⁷⁾ 이러한 UN 총회 결의를 고려하여 1948년 집단살해죄 방지협약이 채택되어 집단살해죄의 방지와 처벌을 위한 국제협력을 도모하게 된 것이다.⁸⁾

2. 집단살해죄의 구성요건

1948년 12월 9일 파리에서 작성되고 1951년 1월 12일 발효하였다. 우리나라는 이 협약에 1950년 10월 14일 가입하였고, 이 협약은 1951년 12월 12일자로 우리나라에 대해 발효하였다. 이하에서는 “집단살해죄 방지협약” 또는 “집단살해 협약”으로 약칭한다.

- 7) 집단살해죄 방지협약 서문 참조
- 8) Ibid.

가. “집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도”

집단살해죄가 성립되기 위해서는 크게 두 가지의 요건이 필요하다. 그 요건은 첫째, 살해, 중대한 육체적 위해 등 금지된 행위와, 둘째, 그러한 살해 등의 행위가 국민적, 종족적, 인종적 또는 종교적 집단의 구성원을 전부 또는 일부 파괴하려는 의도를 가지고 이루어져야 한다. 이러한 의도를 특정한 의도(specific intent)라고 한다. 이에 비하여 살해행위시에 가진 가해자의 살해의도를 일반적 의도(general intent)라고 한다. 따라서, 집단살해죄가 성립되기 위해서는 살해행위시의 일반적 의도와 집단을 파괴하려는 특정한 의도가 모두 있어야 한다.

그런데 집단살해죄로 유죄판결을 얻기 위해서는 검사가 이 특정한 의도를 피고인이 가지고 있었음을 입증해야 하는데 이는 매우 어려운 일로 보인다. 왜냐하면, 피고인이 집단살해의 의도를 가지고 있었음을 합리적인 의심의 여지없이(beyond reasonable doubt) 입증하기는 실제로 대단히 어려운 작업이기 때문이다.⁹⁾ 그러나, 만일 특정한 살해 등의 행위가 이렇게 엄격한 집단살해죄의 구성요건 충족에 실패하더라도 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 또는 통상의 살인죄로 처벌할 수 있는 가능성은 상존하고 있다.

나. 제6조에 의해 보호되는 집단

로마회의 이전의 준비회의(Preparatory Committee)에서는 집단살해죄 방지협약에 의해 보호되는 네 가지 집단(국가적, 종족적, 인종적, 종교적 집단)이외에 “사회적 및 정치적(social and political)” 집단을 포함시키려는 논의가 있었다.¹⁰⁾ 그러나, 로마회의에서는 “사회적 및 정치적” 집단을 제6조에 포함시키지 않기로 결정하였다. 왜냐하면, “사회적 및 정치적” 집단에 대한 보호는 로마규정 제7조상의 인도에 반한 죄를 이용하여 처리할 수 있을 것으로 판단했기 때

9) 로마규정 제66조 제2항은 “피고인의 유죄를 입증할 책임은 검사에게 있다.”고 하고 제3항은 “피고인에게 유죄를 선고하기 위해서는, 재판소가 피고인의 유죄를 합리적인 의심의 여지가 없이 확신하여야 한다.”고 규정하고 있다.

10) Draft Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), (이후 통합초안 또는 Draft Statute 라고 한다) 제2부, 각주 2 참조.

문이다.¹¹⁾ 예를 들어 로마규정 제7조 1항(h)는 “이 항에 규정된 어떠한 행위 또는 재판소관할권내의 어떠한 범죄와 관련하여, 정치적, 인종적, 민족적, 종족적, 문화적, 종교적 사유, 제3항에 정의된 성, 또는 국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정되는 다른 사유에 근거하여, 동일시되는 집단이나 집합체에 대해 가해진 박해”라고 규정함으로써, “사회적 및 정치적” 집단에 대한 박해를 인도에 반한 죄로 처벌할 수 있도록 하고 있다.

다. 전쟁시와 평화시

집단살해죄는 전쟁시는 물론 평화시에도 발생할 수 있다. 집단살해죄 방지협약 제1조는 이 점을 명확히 밝히고 있으나¹²⁾, 로마회의시 참가국들은 이를 자명한 것으로 이해하였다.

라. 제6조에 대한 평가

로마규정 제6조는 집단살해죄 방지협약 제2조의 규정은 그대로 채택하여 집단살해죄를 정의하고 있다. 우리나라는 집단살해죄 방지협약에 1950년 이미 가입하였고, 집단살해를 비합법화하는 것은 국제법상 강행법규(jus cogens)라고 할 수 있다.¹³⁾ 또한, 집단살해죄 방지협약의 원칙들은 국제관습법으로서, 조약상의 근거가 없이도 국가들을 구속한다고 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)가 확인한 바 있다.¹⁴⁾ 따라서, 우리나라가 로마규정 제6조를 수락하는데 있어서 국제법적인 근거가 충분하다고 할 수 있다. 나아가 우리 헌법 제6조에 의할 때, 로마규정 제6조를 국내적으로 이행하기 위한 국내법적 근거

11) Young Sok Kim, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, J.S.D. dissertation, University of Illinois at Urbana-Champaign, 2000, p.78.

12) 집단살해죄 방지협약 제1조는 “체약국은 집단살해가 평시에 행하여졌든가 전시에 행하여졌든가를 불문하고 이것을 방지하고 처벌할 것을 약속하는 국제법상의 범죄임을 확인한다.”고 하고 있다.

13) 이한기, 국제법강의 pp.118-120 참조. 비엔나조약법 조약 제53조에 의하면 강행법규는 “어떠한 일탈도 허용되지 않으며, 또한 사후에 발생한 동일성질의 일반 국제법규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로서, 국제사회 전체에 의하여 수락되고 승인된 규범”이라고 정의된다.

14) Reservations Case, 1951년 ICJ의 권고적 의견, p. 23 참조.

도 더구나 우리헌법 제6조제1항이 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있고 우리나라는 이미 집단살해죄 방지협약의 당사국인 점과 일반적으로 승인된 국제법규 즉 국제관습법(customary international law)의 국내법적 효력을 인정하고 있는 점등을 고려할 때, 우리나라가 국제조약에 충실하게 근거하고 있는 로마규정상의 집단살해죄를 국내적으로 이행하기가 어렵지 않을 것으로 보인다.

III. 인도에 반한 죄

1. 의의

인도에 반한 죄는 로마규정 제7조에서 정의하고 있다. 특히 인도에 반한 죄를 규정한 로마규정 제7조는 인도에 반한 죄의 개념을 가장 최근의 국제법을 반영하여 권위 있게 정의하고 있다고 할 수 있다. 한 국제법학자는 인도에 반한 죄의 개념에 관한 권위 있는 정의가 부족하였으나 로마규정이 이 부족함을 채우게 되었다고 평가하였다.¹⁵⁾

2. 인도에 반한 죄에 대한 개념의 역사적 발전

가. 제2차 세계대전 이전의 발전

M. Cherif Bassiouni 교수는 인도에 반한 죄의 개념은 1907년 헤이그 육전법규 협약¹⁶⁾의 서문¹⁷⁾에서 발견되는 “인도주의 법에 반한 범죄(crimes against

15) Menno T. Kamminga, “Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, No. 4, 2001, p. 946.

16) Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907년 10월 18일 채택, 1910년 1월 26일 발효. 이 협약의 전문은 *American Journal of International Law*, Vol. 2, 1908, p. 90 참조.

17) 이 서문을 원문 인용하면 다음과 같다. “Until a more complete code of laws of war can be drawn up, the high contracting parties deem it expedient to declare that, in cases not

the laws of humanity)"에서 유래한다고 주장한다.¹⁸⁾ 제1차 세계대전 후, 1919년 승전국은 전쟁범죄를 조사하기 위한 위원회(Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties)를 설립하였고, 이 위원회는 1915년경 터키가 아르메니아인들을 살해한 것이 "인도주의 법에 반한 범죄"를 구성한다고 보고하였다.¹⁹⁾ 그러나, 미국과 일본은 이 보고서의 이러한 개념과 보고서의 내용에 반대하였다.²⁰⁾ 즉, 18인의 위원으로 구성된 이 위원회의 구성원 중 2인의 미국위원은 "인도주의 법(laws of humanity)"의 개념이 "사법재판소에 의해 처벌될 대상이 아니라 오히려 고정되고 보편적인 기준이 없는 '도덕적 법(moral law)'의 문제"라고 하면서 이에 반대하였다.²¹⁾ 터키 정부에 대해 인도주의 법에 반한 범죄를 저지른 자들을 승전국에 인도할 것을 요구한 1919년의 세브르 조약(Treaty of Sèvres)은 비준되지 않았고, 1923년의 로잔 조약(Treaty of Lausanne)은 이러한 범죄자를 인도하도록 한 조항을 삭제하고 추가의정서를 채택함으로써 터키의 범죄자들에게 모두 사면조치를 내렸다.²²⁾ 이를 통해 볼 때, 그 당시까지는 인도에 반한 죄의 개념에 대한 국제사회의 관행(practice)과 법적 확신(*opinio juris*)이 모두 부족하였다고 평가된다.

covered by the rules adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and governance of the general principles of the law of nations, derived from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and from the dictates of the public consciences." 이 서문은 국제법상 허용이론(permissive theory)을 의미하는 소위 Martens Clause의 예로서도 유명하다. 즉 이 서문은 실정국제법상 금지되지 않은 새로운 무기를 사용하려는 국가는 무제한적으로 자유롭게 사용할 수 있는 것이 아니라, 새로운 무기가 기존의 국제인도법에 부합하는 것을 정당화할 입증책임이 있다는 원칙의 구체적 예인 것이다. 이에 반하여 PCIJ에 의해 1927년 결정된 S. S. Lotus 사건에서 설명된 금지이론(prohibitive theory)은 국제법상 특별히 금지되지 않은 것은 허용된 것으로 추정된다는 원칙이다.

18) M. Cherif Bassiouni, "The Normative Framework of International Humanitarian Law", in M. Cherif Bassiouni(ed.), *International Criminal Law* (Transnational Publishers, 1999), p. 620.

19) Ibid.

20) Ibid.

21) Steven R. Ratner & Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, p. 47 (2001) 와 *American Journal of International Law*, Vol. 14, p. 115 (1920)참조

22) M. Cherif Bassiouni. supra note 18, pp. 620-621.

나. 제2차 세계대전 이후의 발전

그러나, 독일의 유대인에 대한 학살과 참혹한 박해는 연합국들에게 인도에 반한 죄의 개념을 다시 고려하게 하였다. 1943년 영국, 미국, 소련 정부는 "독일의 만행에 대한 선언(Declaration on German Atrocities)"을 통해 모스크바에서 만행에 책임이 있는 독일 관리들과 나찌 당원을 처벌할 것임을 선언하였다.²³⁾ 모스크바 선언에 따라, 미국, 영국, 프랑스, 소련 정부는 1945년 8월 8일 런던에서 런던협정에 서명하였고, 이 런던협정의 불가분의 일체를 이루는 부속서로서 국제군사재판소 헌장(The Charter of the International Military Tribunal), 즉 뉘른베르그 헌장(Nuremberg Charter)이 채택되었다.²⁴⁾ 이 뉘른베르그 헌장 제6조(c)는 인도에 반한 죄(crimes against humanity)를 다음과 같이 규정하였다.

(c) 인도에 반한 죄: 즉 전쟁 전 또는 전쟁동안 민간인에 대해 행해진, 살해, 절멸, 노예화, 추방, 그리고 다른 비인도적 행위; 또는 행위지 국내법 위반 여부와 관계없이, 재판소관할권내의 어떠한 범죄와 관련하여 또는 그 실행 과정 중의 정치적, 인종적 또는 종교적 사유에 의한 박해

이 규정은 인도에 반한 죄로서 "전쟁 전 또는 전쟁동안 민간인에 대해 행해진" 살해 등을 규정하고 있어, 인도에 반한 죄는 기본적으로 전쟁과 관련된 것으로 상정하고 있었다. 뉘른베르그 헌장과 그에 따른 뉘른베르그 재판과 동경재판의 판결에서 나타난 국제법원칙들은 그 후 1946년 12월 11일 UN 총회 결의 95(I)에서 만장일치로 승인되었다.²⁵⁾ 이때부터, 뉘른베르그 원칙은 침략범죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 범한 개인의 형사책임을 인정하는 국제관습법을 권위적으로 표현한 것으로 일반적으로 간주되었다.²⁶⁾

그 후, 1950년 국제법위원회(International Law Commission, ILC)는 인도에

23) Young Sok Kim, supra note 11, p.10.

24) Ibid. pp. 10-11.

25) Francis A. Boyle, *Defending Civil Resistance under International Law* (Transnational publisher, 1987), p. 62.

26) Ibid.

반한 죄의 개념에서 전쟁관련성을 제외시켰다.²⁷⁾ 그러나, 1993년의 구유고전범 재판소(ICTY) 규정 제 5조는 인도에 반한 죄를 규정하면서 전쟁과의 관련성을 필요한 것으로 규정하고 있다.²⁸⁾ 뉘른베르그 현장 제6조(c)와 비교할 때, 차이점은 “국제적이든 또는 국내적 성격이든”이라는 표현을 사용함으로써 인도에 반한 죄의 성립에 필요한 무력충돌 상황을 “국제적 무력충돌” 뿐만 아니라 “국내적 무력충돌”도 포함하고 있다는 점이다. 그런데, 1994년의 르완다재판소 규정은 제3조에서 인도에 반한 죄와 무력충돌과의 관련성 요건을 다시 제외시켰다.²⁹⁾ 이러한 차이에 대해, ICTY는 판례를 통해 인도에 반한 죄는 전쟁관련

27) M. Cherif Bassiouni, supra note 18, p. 621.

28) Statute of the International Tribunal, UN Doc. S/25704 (3 May 1993), 제5조. 제5조를 원문 인용하면 다음과 같다.

Article 5

Crimes against Humanity

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) enslavement;
- (d) deportation;
- (e) imprisonment;
- (f) torture;
- (g) rape;
- (h) persecutions on political, racial and religious grounds;
- (i) other inhumane acts.

29) UN Security Council Resolution 955, Establishing the International Tribunal for Rwanda, 1994. 11. 8. 채택. U.N. Doc. S/RES/955 (1994). 제3조를 원문인용하면 다음과 같다.

The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial, or religious grounds:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation;
- (e) Imprisonment;
- (f) Torture;
- (g) Rape;
- (h) Persecutions on political, racial and religious grounds;

성을 더 이상 요구하지 않는 것이 국제관습법이나, ICTY 규정은 이러한 국제관습법에서 벗어나서 UN안전보장이사회가 전쟁관련성 요건을 다시 도입함으로써 국제관습법보다 ICTY의 관할대상인 인도에 반한 죄의 범위를 더 축소시키려한 것이라고 판시하고 있다.³⁰⁾

한편, 뉘른베르그 현장과 ICTY 규정 및 ICTR 규정을 비교할 때, 한가지 더 언급할 것은 강간(rape)죄가 뉘른베르그 현장상의 인도에 반한 죄에는 명시되지 않았으나 ICTY 규정과 ICTR 규정상의 인도에 반한 죄에는 명시되어 있다는 점이다. 물론, 뉘른베르그 현장상의 규정으로도 명시는 되어 있지 않으나 강간을 범한 자를 인도에 반한 죄로서 처벌하는 것은 가능하다. 왜냐하면, 다른 뉘른베르그 현장 제6조(c)의 “다른 비인도적 행위”라는 표현에는 강간도 포함될 수 있기 때문이다. 그러나, ICTY 규정과 ICTR 규정처럼 “강간”을 인도에 반한 죄로 처벌할 수 있도록 명시한 것은 죄형법정주의 원칙하의 명확성의 원칙이나 범죄의 사전 예방적 측면에서도 바람직한 것으로 판단된다.

3. 국제형사재판소규정상의 인도에 반한 죄의 정의

가. 제7조 1항 총칙(Chapeau)에 관한 논의

1998년 6월 17일 로마회의 전체위원회 (Committee of the Whole)회의에서 참석한 모든 국가들은 예외 없이 인도에 반한 죄가 ICC의 관할대상범죄가 되어야 한다는데 찬성하였다. 그러나, 인도에 반한 죄를 어떻게 정의할 것인가에 대해서는 논쟁이 있었다. 많은 논의와 타협의 결과 인도에 반한 죄를 정의하고 있는 제7조가 채택되었다. 제7조는 세 개의 항으로 나누어지는 데, 1항은 인도에 반한 죄에 대한 총칙부분과 동 범죄를 구성할 수 있는 살해 등의 행위를 규정하고 있다. 2항은 1항에 대한 보충적인 설명규정이며 3항은 “성(gender)”에 관한 정의규정이다. 먼저 로마규정 제7조 1항은 비공식 번역하여 인용하면 다음과 같다.

(i) Other inhumane acts.

30) Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T (1997년 5월 7일)(이하 Tadic 사건 판결이라 한다), 627항. 또한, M. Cherif Bassiouni, supra note 18, p. 623. 참조.

1. 이 규정의 목적상, “인도에 반한 죄”라 함은 민간인에 대한 광범위한 또는 체계적인 공격의 일부로서 그 공격을 인지하고서 행하여진 다음의 행위를 말한다.

- (a) 살해
- (b) 절멸
- (c) 노예화
- (d) 주민의 추방 또는 강제적 이동
- (e) 국제법의 근본규칙을 위반한 구금 또는 기타 신체적 자유의 중대한 박탈
- (f) 고문
- (g) 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 다른 형태의 이에 상당하는 중대한 성폭력
- (h) 이 항에 규정된 어떠한 행위 또는 재판소관할권내의 어떠한 범죄와 관련하여, 정치적, 인종적, 민족적, 종족적, 문화적, 종교적 사유, 제3항에 정의된 성, 또는 국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정되는 다른 사유에 근거하여, 동일시되는 집단이나 집합체에 대해 가해진 박해
- (i) 사람들의 강제실종
- (j) 인종격리죄
- (k) 의도적으로 신체 또는 정신적 또는 육체적 건강에 대해 중대한 고통 또는 중대한 손상을 초래하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위

그런데 로마회의에서는 위 1항의 총칙(chapeau)에 관해 여러 가지 국가들간에 의견의 대립을 보였고 이는 인도에 반한 죄의 개념을 명확히 하는 계기가 되었다. 다음에서 이들 주요한 의견대립의 쟁점을 살펴보고자 한다.

1) “광범위한 또는 체계적인”이라는 기준

로마회의시 논의의 기초가 되었던 통합초안에는 두 개의 대안(option)이 있었다. 첫 번째 대안은 인도에 반한 죄가 성립되기 위한 요건을 적게 요구하고 있는 반면 두 번째 대안은 보다 많은 요건을 규정하였다.³¹⁾ 대다수 국가들이 첫 번째 대안을 선호하였다. 특히 우리나라를 비롯하여 그리스, 덴마크 등 다수 국가들이 대안 중에 포함된 문구 중 “광범위한 또는 체계적인”이라는 문구를

31) The Draft Statute, pp. 25-26.

선호하였다. 이는 살해 등 관련 공격행위들이 체계적으로 또는 광범위하게 행해졌다면 인도에 반한 죄가 성립될 수 있다는 의미가 되며, 따라서 인도에 반한 죄의 범위를 넓게 정의하는 것이었다. 반면, 영국, 일본, 러시아 등은 보다 엄격한 기준인 “광범위한 그리고 체계적인”이라는 문구를 선호하였다. 이는 관련 공격행위가 광범위하고 체계적이어야만 인도에 반한 죄가 성립될 수 있다는 의미였다. 양측의 대립은 결국 다음에서 논의할 “민간인(civilian)”이라는 문구의 유지여부 등의 쟁점과 함께 타협안으로서 “민간인에 대한 광범위한 또는 체계적인 공격”이라는 문구를 채택하는 것으로 결정되었다.

2) 민간인에 대한 공격

통합초안의 두 번째 대안에는 인도에 반한 죄가 성립되기 위해서는 “민간인(civilian population)”에 대한 공격의 일부로서 살해 등 관련 행위가 행해져야 한다고 요구하였다. 이에 대해 프랑스 등 다수 국가는 민간인이라는 표현이 인도에 반한 죄와 무력충돌상황의 연관성을 요구하는 것으로 간주될 수 있다고 주장하면서 민간인(civilian)이라는 문구를 삭제할 것을 요구하였다. 그러나, 러시아, 중국 등은 민간인이라는 문구를 유지할 것을 주장하였다. 이에 따라 앞에서 언급한대로 타협안으로서 현재의 ‘민간인에 대한 광범위한 또는 체계적인 공격’이라는 표현이 채택되었다. 그러나, 이러한 표현이 참가국 대표들에 의해 인도에 반한 죄와 무력충돌간에 어떠한 연관성을 인정된 것을 의미하는 것은 아니었다. 또한, ICTY 규정 제5조가 인도에 반한 죄가 되기 위해서는 금지된 관련 행위들이 민간인에 대해서 행해지고 무력충돌 중에 행해져야 한다고 규정하고 있으나, 구유고전범재판소(ICTY)는 판례에서 “국제관습법은 더 이상 인도에 반한 죄와 무력충돌간의 어떠한 연관성도 인정하지 않는다”고 명백히 선언하였다.³²⁾ 그러므로, 로마규정 제7조 1항이 민간인에 대한 공격이라는 표현을 사용한 것이 인도에 반한 죄와 무력충돌과의 연관성을 인정한 것이라고 볼 수는 없다.

또한 “민간인에 대한 공격”의 개념을 명확히 하기 위해 로마규정 제7조 2항 (a)를 규정하였다. 동 항은 “(a) ‘민간인에 대한 공격’이라 함은, 민간인에 대하

32) Tadic 사건판결, 627항.

여 제 1항에 규정된 행위를 다중적으로 행하는 것을 포함하여, 그러한 공격을 행하려는 국가나 조직의 정책에 따라 또는 이들의 조장하에 이루어진 일련의 행위를 말한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 유의해야 할 점은 인도에 반한 죄가 국가(state)의 정책에 의해 또는 국가의 조장하에 이루어질 뿐만 아니라 조직(organization)의 정책에 의해 또는 조직에 의해 이루어진 민간인에 대한 공격의 일부로서 범해질 수 있다는 점이다. “조직”이라는 문구는 로마회의시 테러조직 또는 반란이나 분리운동 조직을 포함시키려는 의도로 추가되었다.³³⁾ 따라서, 테러조직의 정책을 수행하기 위한 일련의 살해 등의 행위는 “민간인에 대한 공격”을 구성하고 이러한 공격이 체계적이거나 광범위한 것인 경우, 이를 인지하고서 살해 등을 행한 개인은 인도에 반한 죄를 범한 것이 될 수 있을 것이다.

3) 무력충돌과의 관련성

로마회의에서도 인도에 반한 죄가 성립하기 위해서는 당해 행위가 무력충돌과 관련되어야 하는가의 쟁점이 다투어 졌다. 중국은 관련 행위가 “무력충돌시(in armed conflict)”에 행해져야 한다고 주장하다가, 많은 반대에 부딪히자 “무력충돌과 관련하여(which is related to armed conflict)”라는 수정제안을 제출했으나 이 역시 받아들여지지 않았다. 이는 다시 말하면, ICC 규정의 기초자들은 인도에 반한 죄와 무력충돌과의 관련성을 부인하려는 의도를 가지고 있었음을 보여준다. 따라서, 인도에 반한 죄와 무력충돌과는 관련이 없으며, 인도에 반한 죄는 평화시이건, 내전시이건, 국제전시이건 어느 때든지 발생할 수 있고 이러한 범죄를 저지른 자는 처벌될 수 있다는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다.

4) “대량으로 행해진(committed on a massive scale)”의 요건

통합초안에는 인도에 반한 죄가 성립하기 위해서는 당해 살인 등의 행위가 대량으로 행해져야 한다는 요건이 두 번째 대안의 선택사항으로 있었다.³⁴⁾ 로

33) Mahnoush H. Arsanjani, The Rome of the International Criminal Court, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, p. 31.

34) The Draft Statute, p. 26.

마회의에 참가한 국가들은 이 요건을 삭제하는데 합의하여 이 요건은 삭제되었다. 이는 인도에 반한 죄가 하나의 범죄(single crime)가 광범위하거나 또는 체계적인 공격의 일부로서 행해졌을 때는 인도에 반한 죄가 될 수 있음을 의미한다. 이러한 내용은 ICTY의 판결을 통해서도 유지된다. ICTY는 “분명히, 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 맥락에서 가해자가 행한 하나의 행위(single act)도 개인의 형사책임을 수반하며 범죄자 개인은 다수의 범죄를 범해야만 처벌되는 것이 아니다”³⁵⁾라고 하고 있다.

나. 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위

1) 살해(murder)

로마회의시 “살해”가 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위임에 대해 반대한 국가는 없었다. 살해는 또한 뉘른베르그 현장과 ICTY 규정 및 ICTR 규정에 모두 규정되어 있다. 2000년 6월 30일 ICC 설립준비위원회(Preparatory Commission)가 로마규정 제9조에 근거하여 채택한 범죄구성요건 초안은 다음과 같이 살해에 의한 인도에 반한 죄의 구성요건을 규정하고 있다.

요건

1. 가해자가 한사람 또는 다수의 사람을 죽였다.
2. 상기 행위가 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 행해졌다.
3. 가해자가 상기 행위가 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부임을 알았거나 일부가 될 것을 의도하였다.³⁶⁾

2) 절멸(extermiation)

절멸은 뉘른베르그 현장과 ICTY규정, ICTR규정에 모두 포함되어 있으며, 로마회의시 절멸이 인도에 반한 죄를 구성하는 행위임에 대해 반대한 국가는 없었다. 로마규정 제7조 2항(b)는 절멸에 대해 “(b) ‘절멸’이라 함은 주민 일부의 말살을 초래하기 위하여 고의적으로 생활조건에 고통을 가하는 것, 특히 식량

35) Tadic 사건, 649항.

36) 범죄구성요건초안, UN.Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000. 11. 2), p. 9.

과 의약품에 대한 접근권을 박탈하는 것을 포함한다.”고 규정하고 있다. 절멸과 살해의 차이점은 절멸이 개인들의 집단을 겨냥하고 있고 대량파괴와 관련될 것을 요구하나, 살해는 이러한 측면이 없다는 점이다.³⁷⁾ 절멸의 예로서는 일정한 수용시설에 사람들을 구금하고 식량을 주지 않음으로써 사망하게 하는 것을 들 수 있다. 이러한 경우, 비록 실제로 사람들이 사망하지 않았더라도, 사람들을 구금하고 식량에 대한 접근을 박탈하는 것 자체로 절멸의 구성요건은 성립할 수 있을 것이다. 또한, 절멸과 집단살해의 차이점은 절멸의 대상이 되는 집단은 특정한 정치적, 종교적, 인종적인 공통점을 가지고 있지 않지만, 집단살해는 이러한 공통점을 가지고 있다는 점이다.³⁸⁾ 따라서, 예를 들어 절멸은 일정지역의 개인집단이 특정집단에 소속되어 있는지 여부에 관계없이 모두 죽거나 말살 당하는 경우에 성립될 수 있으나, 집단살해는 일정한 지역의 대량살해의 상황에서도 특정 집단의 구성원은 살해당하고 그렇지 않은 개인은 생존하는 경우에 성립될 수 있다는 점에서 양 개념간에 차이가 있을 수 있다.

3) 노예화(enslavement)

노예화도 인도에 반한 죄를 구성한다는 데에 로마회의 참가국들간에 이견이 없었다. 노예화는 뉘른베르그 헌장과 ICTY 규정 및 ICTR 규정에 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 포함되어 있다. 로마규정 제7조 2항(c)는 노예화에 대해 “노예화라 함은 사람에게 대하여 소유권에 부속된 어떠한 또는 모든 권한을 행사하는 것을 말하며, 사람, 특히 여성과 아동을 거래하는 과정에서 그러한 권한을 행사하는 것을 포함한다.”고 규정하고 있다. 노예화에는 강제노역(forced labor)이나 또는 1956년 노예제, 노예무역과 노예제에 유사한 제도와 관습폐지에 관한 보충협약에 정의된 노예적 지위(servile status)에 처하게 하는 것이 포함된다.³⁹⁾ 또한 노예화에는 사람들, 특히 여성과 아동의 교역을 포함하는 것으로 이해된다.⁴⁰⁾

37) Christopher K. Hall, "Crimes against humanity", Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Nomos, 1999), p. 131.

38) Ibid.

39) 범죄구성요건초안, p. 10.

40) Ibid.

4) 주민의 추방 또는 강제적 이동(deportation or forcible transfer of population)
뉘른베르그 헌장과 ICTY 규정 및 ICTR 규정은 모두 추방(deportation)을 인도에 반한 죄를 구성하는 범죄로 규정하고 있다. 로마규정 제7조 2항(d)는 “주민의 추방 또는 강제적 이동”이라 함은, 국제법상 허용되는 근거없이 당해주민을 추방 또는 다른 강제적 행위에 의하여 그들이 정당하게 거주하는 지역으로부터 강제적으로 퇴거시키는 것을 말한다.”고 규정한다. 추방은 한 국가에서 다른 국가로 사람을 강제로 이동시키는 것인 반면 주민의 강제이동(transfer)은 한 국가내에서 주민을 한 지역에서 다른 지역으로 강제 이동시키는 것을 의미한다.⁴¹⁾

5) 국제법의 근본규칙을 위반한 구금 또는 기타 신체적 자유의 중대한 박탈 (imprisonment or other severe deprivation of physical liberty)

구금(imprisonment)은 2차대전후 승전연합국의 Control Council Law No.10의 제2조, ICTY 규정 및 ICTR 규정에 인도에 반한 죄를 구성하는 범죄로 규정되어 있다. 이 조항의 “국제법의 근본규칙”에는 조약과 국제관습법뿐만 아니라 법의 일반원칙도 포함되는 것으로 보아야 한다.⁴²⁾

6) 고문(torture)

고문이 인도에 반한 죄를 구성하는 범죄로 규정되는데 로마회의시 반대하는 참가국은 없었다. 고문은 ICTY 규정과 ICTR 규정에 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 명시되어 있다. 로마규정 제7조 2항(e)은 고문에 관해 “고문”이라 함은 피고의 구금하에 있거나 통제하에 있는 자에게 육체적이든 또는 정신적이든 고의로 중대한 괴로움 또는 고통을 가하는 것을 말한다. 다만, 그러한 고문에는 오로지 합법적 제재로부터 발생하는, 그리고 이에 내재하거나 또는 부수적인, 괴로움이나 고통은 포함되지 아니한다.”고 규정하고 있다. 고문과 관련하여, ICC 설립준비위 회의시 쟁점 중 중요한 것은 고문의 범죄구성요건으로서 소위 “목적요건(purpose element)”이 필요한지 여부였다. 다시 말하면, 고문

41) Otto Triffterer, supra note 37, p. 134.

42) Ibid. p. 138.

이 성립하기 위해서는 가해자가 정보나 자백을 얻기 위한 목적으로 고통을 가했다는 요건이 필요한 지 여부의 문제이다. 이 요건이 필요하다면 정보나 자백을 얻기 위한 목적이 없이 가해자가 피해자에게 고통을 가했다면 고문이 성립되지 않는다. 많은 국가들이 준비위에서 이러한 목적요건이 필요하다고 주장하였다. 그 이유는 로마규정 제8조의 전쟁범죄를 구성하는 고문에는 목적요건이 필요하며, “고문방지협약”중의 고문에 대한 정의규정도 목적요건을 포함하고 있다는 것이었다.⁴³⁾ 그러나, 다른 많은 국가들은 목적요건을 포함시키지 않아야 한다고 주장하였다. 그 이유는 로마규정 제7조 자체가 일부러 목적요건을 규정하지 않았고, 따라서, 로마규정에 충실하기 위해서는 목적요건을 요구하지 않아야 한다는 것이었다.⁴⁴⁾ 논의 결과, 범죄구성요건초안에는 목적요건을 포함시키지 않았다. 이는 고문에 의한 인도에 반한 죄가 정보획득이나 자백을 강요하기 위한 목적이 아닌 경우에도 성립할 수 있음을 의미한다.

7) 강간 등 성범죄

로마규정 제7조 1항(g)은 “강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 다른 형태의 이에 상당하는 중대한 성폭력”을 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 규정하고 있다. 강간은 위에서 본 것처럼 ICTY 규정과 ICTR 규정에 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 새롭게 명시되었다. 로마규정은 이에 더하여 성적 노예화(sexual slavery), 강제매춘(enforced prostitution), 강제임신(forced pregnancy), 강제불임(enforced sterilization), 기타 성폭력(sexual violence)을 인도에 반하는 죄의 구성행위로 규정하고 있다. 이는 2차세계대전 동안 대부분이 우리나라 여성이었던 약 20만명의 군대위안부여성들을 성적 노예화한 일본군의 만행⁴⁵⁾과 구유고전쟁 동안 약 3만명의 보스니아 여성들이 강제임신과 강간의 희생자가 된 역사적 경험⁴⁶⁾을 반영하고자 한 것이다. 로마규

43) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (1984. 12. 10) 제1조.

44) Young Sok Kim, supra note 11, p. 94.

45) Final Report of the Social Rapporteur of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery, on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during armed conflict, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13.22.06.98 참조.

46) Young Sok Kim, supra note 11, p. 171.

정 제7조 2항(f)은 “‘강제임신’이라 함은 주민의 민족적 구성에 영향을 미칠 의도로 또는 국제법의 다른 중대한 위반을 행할 의도로 강제적으로 임신을 시킨 여성을 불법적으로 구금하는 것을 말한다. 이러한 정의는 결코 임신과 관련된 국내법에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 이들 성범죄에 의한 인도에 반한 죄의 자세한 범죄구성요건은 범죄구성요건초안에 규정되어 있다.⁴⁷⁾

8) 박해(persecution)

박해는 뉘른베르그 헌장과 ICTY 규정 제5조 및 ICTR 규정 제3조에 규정되어 있는 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위이다. 그런데, 로마규정 제7조 1항(h)가 “이 항에 규정된 어떠한 행위 또는 재판소관할권내의 어떠한 범죄와 관련하여”라고 규정하고 있듯이, 박해는 별도의 항으로 규정은 되어 있으나 제7조 1항에 규정된 살해 등의 다른 행위나 ICC 관할범죄인 집단살해죄 등과 관련하여 가해져야 하는 것임을 유의해야 한다. 또한, “국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정(universally recognized) 되는 다른 사유”는 국제법상 허용되지 않는 것으로 널리 인정되는(widely recognized)되는 다른 사유로 이해된다.⁴⁸⁾ 한편, 집단살해죄가 “국민적, 종족적, 인종적, 종교적” 사유에 의한 살해 등을 의미하나, 이 항의 박해는 “정치적, 인종적, 국민적, 종족적, 문화적, 종교적 사유, 제3항에 정의된 성, 기타 사유”에 근거하여 가해진 박해로서 그 관련 사유가 집단살해죄의 경우보다 넓다. 로마규정 제7조 2항(g)은 “‘박해’라 함은 집단 또는 집합체의 동일성을 이유로 국제법에 반하여 기본권을 고의적이고 중대하게 박탈하는 것을 말한다.”고 규정함으로써, 박해는 기본적으로 가해자가 상기 사유에 근거하여 피해자의 기본적인 권리(fundamental rights)를 중대하게 박탈하는 것을 의미한다.⁴⁹⁾

9) 강제 실종(enforced disappearance of persons)

사람의 강제실종은 로마규정에서 인도에 반한 죄로서 규정되었다. 강제 실종

47) 범죄구성요건 초안, pp. 12-15. 참조.

48) Otto Trifflerer, supra note 37, p. 150.

49) 범죄구성요건 초안, p. 15.