

의 대표적인 예는 칠레의 피노체트 군사정권 등에서 정적이거나 저항운동을 하는 사람들을 체포하거나 구금 또는 납치한 후, 그 사람들의 운명이나 소재를 가족들에게 알려주지 않는 행위 등을 들 수 있다. 그 당시 실종된 사람들은 아직까지도 그 생사가 불명인 경우가 많다. 뉘른베르그 현장, ICTY 규정, ICTR 규정에는 인도에 반하는 범죄를 구성하는 행위로서 강제실종을 규정하지 않고 있다. 그러나, 강제실종이 인도에 반한 죄를 구성한다는 것은 미주기구(Organization of American States)<sup>50)</sup>, UN 총회<sup>51)</sup>, 유럽의회(European Parliament)<sup>52)</sup>와 국내입법례<sup>53)</sup>를 통해 승인된 바 있다. 로마회의시 우리나라, 네델란드, 스웨덴, 칠레 등 다수국가들이 강제실종을 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 포함시켜야 한다고 주장하였다. 로마규정 제7조 2항 (i)는 강제실종을 “사람들의 강제실종이라 함은 국가 또는 정치조직에 의하여 또는 이들의 허가, 지원 또는 묵인에 의하여 사람을 체포, 구금 또는 유괴하고, 그 결과 장기간동안 사람들을 법의 보호로부터 배제시킬 의도로 그와 같은 자유의 박탈을 인정하는 것을 거절하거나 그러한 사람들의 운명이나 행방에 대한 정보의 제공을 거절하는 것을 말한다.”고 정의하고 있다.

#### 10) 인종격리 (apartheid)

로마회의시, 남아프리카 공화국 등 다수 국가는 인종격리행위를 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 포함시키자는 서면 제안을 제출하였다.<sup>54)</sup> 이 제안에 대해 많은 국가가 지지를 함으로써 인종격리행위는 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 로마규정에 포함되게 되었다. 인종격리행위는 1973년의 인종격리범죄의 진압과 처벌에 관한 국제협약 (인종격리에 관한 협약)에 의해 인도에 반한 죄로서 선언되었다.<sup>55)</sup> 로마규정 제7조 2항(h)는 “인종격리죄라 함은 한 인종집

50) Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, 서문 제6항 (1994. 6. 9.) 참조

51) Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, UNGA Res 47/133, 서문 제4항 참조 (1992. 12. 18. 채택).

52) Resolution 828/84, Parliamentary Assembly of the Council of Europe 참조

53) 1992년 프랑스의 Nouveau Code Pénal, 제212-1조 참조

54) 이 서면 제안은 UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.12 (22 June 1998)으로 제출되었다.

55) The International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 제1조 참조 (1973. 11. 30. 채택).

단이 다른 인종집단이나 인종집단들을 조직적으로 억압하고 지배하는 제도화된 체제하에서 행하여지고 또한 그러한 체제를 유지할 의도로 행하여진 것으로서 제1항에 규정된 것들과 유사한 성격을 가지는 비인도적인 행위를 말한다.”고 정의하고 있다. 인종격리행위는 뉘른베르그 현장, ICTY 규정, ICTR 규정에는 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 포함되어 있지 않으나, 인종격리에 관한 협약이나 그동안의 UN 총회의 규탄선언<sup>56)</sup>, 로마회의시 참가국가들의 발언 및 지지 등을 고려할 때, 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 보아도 무방할 것이다.

#### 11) 다른 비인도적 행위

로마규정 제7조 1항(k)는 “의도적으로 신체 또는 정신적 또는 육체적 건강에 대해 중대한 고통 또는 중대한 손상을 초래하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위”를 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 규정하고 있다. 이는 제7조 1항의 다른 세부 항목에서 규정한 행위에 해당하지 않는 비인도적 행위를 범한 자를 처벌할 수 있도록 하기 위해 규정한 조항이다. 왜냐하면, 인도에 반한 죄를 구성하는 모든 행위를 열거하기는 불가능하기 때문이다. 뉘른베르그 현장이나 ICTY 규정, ICTR 규정도 모두 이와 유사한 조항을 포함하고 있다.

#### 다. 제7조 3항 관련 논의

로마규정 제7조 3항은 “이 규정의 목적상, ‘성’이라는 용어는 사회라는 환경 안에서 남성과 여성이라는 두 가지 성을 언급하는 것으로 이해된다. ‘성’이라는 용어는 위와 다른 어떠한 의미도 표시하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 “성(gender)”의 의미를 명확히 하기 위하여 로마회의시 추가되었다. 일부 참가대표단은 “성”이라는 용어를 정의할 필요없이 사용하자고 주장하였으나, 다른 국가들은 그 용어가 단순히 생물학적 의미의 남성과 여성임을 의미한다고 명시하는 것이 바람직하다고 주장하였다. 따라서, 로마회의시 제7조 3항이 새롭게 추가되어 로마규정에서는 “성”이라는 용어를 남성과 여성이라는 두 가지 성을 의미하는 것으로서 정의하게 되었다.

56) UN 총회 결의 2054(xx), UN Doc. A/6014 (1965. 12. 15.).

## IV. 전쟁범죄

### 1. 의의

전쟁범죄는 로마회의 당시 가장 어려운 쟁점중의 하나였다. 특히 어려운 문제는 제네바 협약의 제2추가정서 (Protocol II additional to the Geneva Convention)에서 금지한 행위들을 전쟁범죄로 규정할 것인지와 관련하여 비국제적 무력충돌에서도 국제적 무력충돌시에 적용되는 금지행위 규정들이 적용되는지의 문제, 핵무기의 사용금지문제, 아동의 징집문제 등이었다.<sup>57)</sup> 이외에도 강간 등 성범죄의 전쟁범죄화 문제 등이 어려운 쟁점이었다.

이 글에서는 필자의 회의 참가 경험을 기초로 첫째, 국제형사재판소 규정상의 전쟁범죄에 관해 로마규정 제8조의 전체적인 체계, 제8조에 나타난 전쟁범죄의 정의와 기존의 국제인도법관련 조약규정의 관련성, 핵무기의 사용문제 등 전쟁범죄의 정의규정을 살펴보고, 둘째로, 경과규정 등 전쟁범죄의 적용을 위한 관련규정을 중심으로 논의해 보고자 한다. 그 외의 다른 전쟁범죄관련 중요한 쟁점들은 추후의 연구에서 다루어 질 수 있을 것을 기대하면서, 이 논문에서는 상기 두 가지 측면을 중심으로 분석함으로써, 새로이 설립되는 국제형사재판소의 관할 대상인 전쟁범죄의 내용과 성격을 전반적으로 파악해보고자 한다.

### 2. 국제형사재판소의 관할에 속하는 전쟁범죄의 정의

#### 가. 로마규정 제8조의 구성과 비국제적 무력충돌시의 전쟁범죄

로마규정 제8조는 국제적 무력충돌시와 비국제적 무력충돌시에 발생 가능한 전쟁범죄를 열거하고 있는 세부 조항으로 구성되어있다. 이와 관련하여 로마회의에 참가한 각국 대표단은 비국제적 무력충돌시 적용 가능한 대표적인 조약 규정으로 제네바 4개 협약의 공통된 3조 (common article 3)와 제네바 협약의 제2추가정서를 기초로 토의를 진행하였다. 이들 조약규정은 통합초안에 대안

57) Mahnoush H. Arsanjani, supra note 33, p. 24.

(option)으로서 반영되어 있었다. 공통된 3조에 의해 금지된 행위들에 대해서는 각국 대표사이에 이들 금지행위를 전쟁범죄로 포함시키는 데 이견이 거의 없었다. 그러나, 이 제2추가정서에 대해 일부국가는 국제관습법상 승인된 전쟁범죄만을 로마규정에 포함시켜야 한다고 주장하였다. 즉 이들 국가는 1949년 제네바 협약, 1907년 헤이그 협약과 1925년 제네바 협약에 열거된 전쟁범죄만을 포함할 것을 주장하였다.<sup>58)</sup> 그러나, 다른 압도적으로 많은 국가들은 국제형사재판소가 1949년 제네바협약의 추가정서들에 열거된 범죄도 포함시켜야 한다고 주장하였다.<sup>59)</sup> 로마회의중의 많은 논쟁과 타협의 산물로서 로마규정 제8조 2항 (e)는 제네바협약 제2추가정서의 금지행위 조항에서 유래한 행위들을 국제형사재판소가 처벌할 전쟁범죄로서 규정하게 되었다.

로마규정 제8조는 국제형사재판소의 관할에 속하는 전쟁범죄를 정의하고 있다. 제8조는 크게 네 가지의 종류의 전쟁범죄를 규정하고 있다. 첫째, 제8조 2항 (a)는 1949년 제네바협약들의 중대한 위반 (grave breaches)행위를 규정하고 있다. 둘째, 제8조 2항 (b)는 “국제법의 확립된 체제내에서 국제적 무력충돌시 적용할 수 있는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반”을 규정하고 있는데, 이는 주로 제네바협약 제1 추가정서와 헤이그 규칙<sup>60)</sup>에서 유래한 것이다.<sup>61)</sup> 셋째, 제8조 2항(c)는 “제네바 4개 협약에 공통된 제3조의 중대한 위반”을 규정하고 있으며 이는 비국제적 무력충돌시 발생하는 전쟁범죄 중 공통된 제3조 위반행위를 전쟁범죄로서 명문화한 것이다. 넷째, 제8조 2항 (e)는 “국제법의 확립된 체제내에서 비국제적 성격의 무력충돌시 적용할 수 있는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반”을 전쟁범죄로서 규정하고 있으며, 이는 주로 제네바협약 제2 추가정서에서 유래한 것이다.<sup>62)</sup>

이러한 국제전과 비국제전의 구별은 국제인도법의 관련 조약들이 국제전과

58) Ibid.

59) Ibid.

60) 정식 명칭은 Convention (No. IV) respecting the Laws and Customs of War on Land 이며 1907년 10월 18일 헤이그에서 서명되고 1910년 1월 26일 발효하였다. 이 규칙은 국제관습법화한 것으로 인정되고 있다.

61) Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, 1999), pp.109-118.

62) Young Sok Kim, supra note 11, pp.191-200.

비국제전을 구별하여 전쟁법규 위반행위를 규정하고 있는 것에서 유래한다.<sup>63)</sup> 그러나 이러한 국제전과 비국제전의 구별은 국제인도법이 발전하면서 점차 약화되었다.<sup>64)</sup> 실제로 로마회의에서 많은 국가들이 본래 국제적 무력충돌에서 적용되는 규정들이 비국제적 무력충돌에도 적용되어야 한다는 입장을 견지하였고 그 결과 국제적 무력충돌시에 발생하는 전쟁범죄를 규정한 제8조 2항 (b)와 유사한 내용이 비국제적 무력충돌시 발생하는 전쟁범죄를 규정한 제8조 2항 (e)에 규정되었다.

#### 나. 로마규정 제8조 제1항과 관련된 논의

제8조 1항은 재판소가 관할하는 전쟁범죄를 제한하는 문턱조항 (threshold)의 의미를 가진다. 로마회의시 토의의 기초가 되었던 통합초안 (Draft Statute) 은 제1항에 두 가지 대안을 제시하였다. 첫째는 전쟁범죄가 “오직(only)” 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 광범위한 수행의 일부로서 저질러진 경우에만 재판소가 관할권을 행사하도록 하였다. 두 번째 대안은 전쟁범죄가 “특히(in particular)” 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 광범위한 수행의 일부로서 저질러진 경우에 재판소가 관할권을 행사하도록 하였다. 절대 다수의 국가들이 첫번째 대안은 지나치게 재판소의 관할 대상인 전쟁범죄의 범위를 제한한다는 이유로 두 번째 대안을 선호하였다.<sup>65)</sup> 따라서 제1항은 두 번째 대안을 채택하였다. 제8조 1항이 “특히”라는 용어를 채택한 것은 동 조 2항에 열거된 전쟁범죄가 반드시 계획이나 정책의 일부로서 행해지거나 광범위한 범죄수행의 일부로서 저질러진 경우에만 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 있는 것이 아니라 그렇지 않은 경우에도 관할권을 행사할 수 있음을 의미한다. 따라서, 국제형사재판소는 필요한 경우 정책의 일부도 아니고 광범위한 범죄수행의 일부로서 행해지지도 않은 2항에 열거된 전쟁범죄 중 한가지 전쟁범죄에 대해서도 관할권을 행사할 수 있을 것이다.<sup>66)</sup>

63) Human Rights Watch, *Justice in the Balance* (1998), pp. 5-6.

64) *Ibid.*

65) Roy S. Lee, *supra* note 61, p.108

66) Mahnoush H. Arsanjani, *supra* note 33, p.33.

#### 다. 로마규정 제8조 제2항의 전쟁범죄 정의규정과 기존의 국제인도법

##### 1) 제8조 제2항 (a): 제네바 협약상의 중대한 위반행위

제8조 제2항은 전쟁범죄의 정의를 규정한 조항으로서 동 항 (a)는 제네바 협약상의 중대한 위반행위에서 유래한다. 1949년의 제네바 4개 협약은 각기 중대한 위반 행위를 규정하고 있다. 즉 제네바 제1협약 (육전에서의 상병자 보호) 제50조, 제네바 제2협약 (해전에서의 상병자 보호) 제51조, 제네바 제3협약 (포로의 대우) 제130조, 제네바 제4협약 (전시민간인의 보호) 제147조는 각 협약상의 중대한 위반행위를 규정하고 당사국에게 그러한 위반행위를 처벌할 의무를 부과하고 있다. 로마규정 제8조 제2항 (a)는 이러한 중대한 위반행위를 전쟁범죄화 한 것으로 로마회의시 각국 대표단은 동 항을 채택하는 것에 쉽게 합의하였다.

##### 2) 제8조 제2항 (b): 국제적 무력충돌시 적용되는 국제인도법과 관습에 대한 다른 중대한 위반행위

제8조 제2항 (b)는 제네바 협약상의 중대한 위반은 아니나 국제인도법과 관습에 대한 중대한 위반행위를 규정하고 있다. 제2항 (b)는 제네바협약 제1추가 의정서와 헤이그 규칙에서 유래하였으며, 국제인도법 규정과 구체적으로 비교하면, 먼저 (i)항은 제네바 협약 제1추가의정서 제85조 제3항 (a)와 유사하며, (ii)항은 제1추가의정서 52조 제1항과 유사한 규정이다. 또한, (iii)항은 제1추가의정서 제70조와 제71조에 근거하고 있는 듯하며 또한 “UN 요원 등의 안전에 관한 협약”<sup>67)</sup>에 기초하고 있다. (iv)항은 제1추가의정서 제51조 제5항 (b)와 제85조 제3항에서 유래한 것으로 보인다. (v)항은 제1추가의정서 제59조에서, (vi)항은 제1추가의정서 제41조에서, (vii)항은 제1추가의정서 제37조 내지 제39조와 제85조 제3항(f) 및 헤이그 규칙 제23조 (f)에서 각각 유래한 듯하다. (viii)항은 제네바 제4협약 제45조와 제1추가의정서 제85조 제4항 (a)에서 유사 규정을 찾을 수 있다. 다음으로 (ix)항은 헤이그 규칙 제56조와 제1추가의정서 제85조 제4항(d) 등에서, (x)항은 제1추가의정서 제11조에서, (xi)항은 헤이그

67) Convention on the safety of United Nations and Associated Personnel, 1994년 12월 9일 채택. *International Legal Material* vol. 34 (1995) p. 482 참조.

규칙 제23조(b)에서, (xii)항은 헤이그 규칙 제23조 (d)와 제1추가협정서 제40조에서 유사규정이 발견된다. (xiii)항은 헤이그 규칙 제23조 (g)에서, (xvi)항은 헤이그 규칙 제23조 (h)에서, (xv)항은 헤이그 규칙 제23조 마지막 문단에서 그 근거를 찾아볼 수 있다. (xvi)항은 헤이그 규칙 제28조에, (xvii)항은 헤이그 규칙 제23조 (a)에 근거하고 있다. (xviii)항은 국제관습법화 된 1899년 질식가스 등에 관한 헤이그 제2선언<sup>68)</sup>과 1925년 제네바의정서<sup>69)</sup>에 근거하고 있으며, (xix)항은 역시 국제관습법화 된 1899년 확장탄환에 관한 헤이그 제3선언<sup>70)</sup>에서 유래한다. (xx)항은 핵무기 등 금지무기를 상정한 조항이나 후술하는 바와 같은 교섭과정을 거쳐 채택된 것이며, (xxi)항은 제1추가협정서 제75조 2항 (b)와 제85조 4항 (c)와 유사하다. (xxii)항은 강간 등 성범죄에 의한 전쟁범죄로서 제네바 제4협약 제27조 2항은 강간을 금지하고 있다. 또한 제네바 제1추가협정서 제75조 2항(b)도 강제매춘 (enforced prostitution)과 여타의 성범죄(any form of indecent assault)를 금지하고 있다. (xxiii)항은 제네바 제4협약 제28조와 제1추가협정서 제28조 1항에 근거하고 있으며, (xxiv)항은 제네바 제4협약 제18조, 제네바 제1협약 제19조, 제1추가협정서 제18조 5항에서 유래한 것으로 보인다. (xxv)항은 제네바 제4협약 제23조와 제1추가협정서 제54조에서 유래하며, 끝으로 (xxvi)항은 제1추가협정서 제77조 2항과 아동의 권리에 관한 협약<sup>71)</sup> 제38조 2항에 근거하고 있다.

### 3) 제8조 제2항 (c): 제네바 협약의 공통된 제3조 위반행위

제2항 (c)는 비국제적 무력충돌시 금지되는 행위를 규정한 제네바 4개 협약의 공통된 3조에서 유래한 전쟁범죄행위이다. 로마회의 초기단계에서 일부국가는 비국제적 무력충돌에서 적용되는 금지규정을 모두 형사재판소 관할범죄에

68) 1899 Hague Declaration 2 concerning Asphyxiating Gases, July 29, 1899, *American Journal of International Law* Vol. 1, supplement 157-9 (1907).

69) 1925 Geneva Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, June 17, 1925, 94 L.N.T.S. 65. 또한 동 협약문은 *International Legal Material* Vol. 14. (1975) p. 45 참조.

70) 1899 Hague Declaration 3 concerning Expanding Bullets, July 29, 1899, *American Journal of International Law* Vol. 1, supplement 155-7 (1907).

71) Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989. 동 협약문은 *International Legal Material* Vol. 28. (1989) p. 1457 참조.

서 제외하자고 주장하여 공통된 3조위반행위도 전쟁범죄로 규정하는 것을 반대하였으나, 압도적으로 많은 국가들이 비국제적 무력충돌에서 적용되는 금지규정도 전쟁범죄로서 규정해야 하며 특히 공통된 3조에서 금지한 행위들은 전쟁범죄로서 형사재판소가 처벌해야 한다는 입장을 표명하였다. 이에 따라, 공통된 3조의 위반행위들이 전쟁범죄로서 로마규정 제8조 제2항 (c)에 규정되었다.

### 4) 제8조 제2항 (e): 비국제적 무력충돌시 적용되는 국제법과 관습에 대한 다른 중대한 위반행위

제2항 (e)는 국제법의 확립된 체제내에서 비국제적 성격의 무력충돌시 적용할 수 있는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반행위를 전쟁범죄로서 규정하고 있는바 이는 주로 제2추가협정서에 있는 금지행위로부터 유래한 것이다. 제2항 (e)의 로마규정 포함여부를 두고 로마회의시 국가들은 많은 논쟁과 대립을 보였다. 특히 제2추가협정서의 금지행위가 국제관습법이 되지 않았다는 이유로 반대하는 국가가 많았다. 그러나, 많은 국가들은 오늘날 비국제적 무력충돌의 희생자가 실제로 다수 발생하고 비국제적 무력충돌의 경우에도 국제적 무력충돌시 적용되는 금지규정들을 적용할 필요성이 절실함을 이유로 (e)항의 포함을 강하게 주장한바, 일괄타결의 일부로서 (e)항의 채택이 가능하게 되었다.

(e)항을 구체적으로 살펴보면, (i)항은 제2추가협정서 제13조 2항에서, (ii)항은 제2추가협정서 제12조에서 유래하였다. (iii)항은 제2추가협정서 제13조와 제18조 2항에서, (iv)항은 제2추가협정서 제16조에서 유래하였다. (v)항은 제2추가협정서 제4조 2항 (g)에, (vi)항은 동 의정서 제4조 2항 (e)에 근거하고 있다. (vii)항은 제2추가협정서 제4조 3항 (c)에, (viii)항은 제17조 1항에 유사규정을 가지고 있다. (ix)항은 국제적 무력충돌에 적용되는 국제관습법인 헤이그 규칙 제23조 (b)를 비국제적 무력충돌에도 적용되도록 한 것이며, (x)항은 제2추가협정서 제4조 1항에 근거하고 있다. (xi)항은 제2추가협정서 제4조 2항 (a)에 근거하며, (xii)항은 국제적 무력충돌에 적용되는 국제관습법인 헤이그 규칙 제23조 (g)를 비국제적 무력충돌에도 적용되도록 한 것이다.

5) 제8조 제2항 (d), (f)와 제3항

제8조 제2항 (d)와 (f)는 로마규정 제8조에서 상정하는 비국제적 무력충돌에 “폭동, 고립되고 산발적인 폭력행위 또는 이와 유사한 성격의 다른 행위와 같은 국내적 소요나 긴장상태”는 포함되지 아니함을 명확히 하고있다.

한편 (f)항은 “제2항 (e)는 정부당국과 조직된 무장집단간 또는 그러한 무장집단간에 장기간의 무력충돌이 존재할 때, 그 국가의 영역에서 발생하는 무력충돌에 적용된다”고 규정하고 있는바, 그 이유는 제네바협약 제2추가의정서의 적용요건보다 완화된 요건을 규정하기 위한 것이다. 즉 동 의정서 제1조 1항은 동 의정서가 적용되는 상황은 분쟁당사자의 적어도 한 측이 정부 당국이고, 반군이 일정한 영역을 합리적인 지휘하에 군사작전과 동의정서의 이행이 가능한 정도로 통제하고 있어야 할 것을 요건으로 하고있다. 이에 반해, 로마규정 제8조 제2항 (f)는 어느 한 측이 정부당국일 것을 요구하지 않으며 합리적인 지휘하에 있을 것과 일정영역을 어느정도로 통제할 것도 요구하지 않고 있다. 다만, (f)항은 무장집단간의 장기간의 무력충돌이 있으면 (e)항이 적용되도록 하고 있다.<sup>72)</sup> 이러한 점에서 (f)항은 기존 국제법 규정에 비해 상당한 진전으로 평가된다.

한편, 로마규정 제8조 제3항은 비국제적 무력충돌시 “제2항 (c)와 (d)의 어떠한 규정도 모든 정당한 수단에 의하여 그 국가내에서 법과 질서를 유지하거나 재확립하려는 또는 그 국가의 통일성과 영토보전을 지키려는 정부의 책임에 영향을 미치지 아니한다”고 하고 있는바, 이는 제2항 (c)와 (d)가 한 국가의 영토보전을 침해하는 외국의 간섭에 이용되어서는 안 된다는 일부 국가들의 우려를 반영한 것이라고 볼 수 있다.<sup>73)</sup>

#### 라. 핵무기 등의 사용금지 문제

제8조 제2항 (b) (xx)는 핵무기 등의 사용금지와 그러한 무기를 사용하는 것을 전쟁범죄로 규정하고자 하는 것과 관련되는 조항으로서, 로마회의시 주요 국가들의 입장이 첨예하게 대립되었던 조항이었다. 로마회의시 통합초안은 네

72) Young Sok Kim, *supra* note 11, p. 201.

73) *Ibid.*

가지 대안 (option)들을 가지고 있었는데 option 4는 핵무기, 대인지뢰, 실명을 유발하는 레이저무기를 금지무기로 규정하였다.<sup>74)</sup> 미국, 러시아, 영국, 프랑스 등 주요 핵무기 보유국가들은 핵무기의 금지무기화를 강하게 반대하였다. 동 조항은 “과도한 상해나 불필요한 고통을 야기하는 성질을 가지거나 또는, 무력충돌에 관한 국제법을 위반하여 본래부터 무차별적인 무기, 발사체, 물질과 전투방식을 사용하는 것”을 전쟁범죄로 규정함으로써 핵무기 등의 전쟁범죄화를 이론상 가능하도록 하였다. 그러나, 동 조항은 단서로서 다만, “그러한 무기, 발사체, 물질과 전투방식은 포괄적 금지의 대상이어야 하고, 제121조와 제123조에서 정해진 관련 규정에 따른 개정에 의하여 이 규정의 부속서에 포함되어야 한다”고 규정하고 있어 핵무기 등을 전쟁범죄화 하기는 사실상 대단히 어려운 일이 되었다. 왜냐하면, 첫째로 핵무기 등은 포괄적 금지(comprehensive prohibition)의 대상이 되어야 하는데 핵보유국들이 핵무기를 포괄적 금지의 대상으로 합의할 것을 기대하기 어려울 것이다. 둘째로, 핵무기가 포괄적 금지의 대상이 된다 하더라도 로마규정 제121조와 제123조의 개정절차를 거쳐서 로마규정의 부속서에 포함되는 것 또한 대단히 어려운 과정을 거쳐야 한다.<sup>75)</sup> 따라서, 현재의 로마규정에 의할 때 핵무기 사용을 전쟁범죄로 처벌할 수 없으며 미래에도 핵무기 사용의 처벌 가능성은 열려있으나 실현될 가능성은 매우 희박한 것으로 보인다.

국제사법재판소(ICJ)는 1996년의 권고적 의견에서 핵무기의 사용이 전투원과 비전투원을 구별하지 않는 무차별적 효과로 인해 무력충돌에 관한 국제법의 위반이라고 판시한 바 있다.<sup>76)</sup> 국제사법재판소는 이 권고적 의견에서 핵무기의 사용과 사용위협이 국가의 존립이 위협받는 극단적인 상황에서의 자위권(self-defence)의 경우를 제외하고는 불법임을 선언하였다.<sup>77)</sup> 이러한 점을 고려

74) The Draft Statute, pp.19-20.

75) 로마규정 제121조 4항은 규정 개정이 발효하기 위해서는 모든 당사국의 7/8이 UN 사무총장에게 비준서 또는 수락서를 기탁해야 한다고 규정하고 있으며, 동조 6항은 개정안에 동의하지 않는 국가는 즉시 로마규정을 탈퇴할 수 있도록 하고 있다.

76) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of July 8, 1996*, General list No.95.

77) *Ibid.* 또한 Richard A. Falk, “Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historical Encounter”, *American Journal of International Law*, Vol 91, No. 1, 1997, p.73.와 Francis A. Boyle, *The Future of International Law and American Foreign Policy*

할 때, 핵무기의 사용금지규정을 로마규정에 포함시키지 못한 것은 미국을 비롯한 주요 핵보유국들이 로마규정의 채택을 지지하도록 하기 위한 어려운 타협의 산물이라 평가된다.

#### 마. 전쟁범죄관련 경과조항

로마규정 제124조는 전쟁범죄와 관련하여 경과조항을 두고 있다. 즉 로마규정 제124조는 “제12조 제1항 및 제2항에도 불구하고, 국가는, 이 규정의 당사자가 되는 때에, 제8조에 규정된 범죄의 범주에 속하는 범죄가 그 국민에 의하여 행하여지거나 또는 그 영역에서 발생한 혐의를 받는 경우, 이 규정이 그 국가에 대해 발효한 후 7년의 기간동안 이러한 범주의 범죄에 대한 재판소의 관할권을 수락하지 아니한다고 선언할 수 있다”고 하여 전쟁범죄에 관하여 당사국은 7년 동안 전쟁범죄에 대한 재판소의 관할권으로부터 면제를 받을 것을 선언할 수 있다. 따라서 제124조에 의하여 전쟁범죄에 대한 재판소의 관할권을 수락하지 않은 국가와 관련하여, 재판소는 그 국가의 국민이 전쟁범죄를 범했거나 그 국가의 영역에서 전쟁범죄가 범해진 경우에는 관할권을 행사할 수 없다. 제124조에 따른 선언은 언제든지 철회될 수 있으며 동 조의 규정은 제123조 제1항에 따라 소집되는 검토회의에서 검토된다.<sup>78)</sup> 7년의 기간은 당해 당사국에게 재판소규정이 발효하는 시점부터 기산된다.

한편, 동 조에서 주의해야 할 점은 제124조에 의한 재판소 관할권면제는 재판소의 관할권이 당사국의 보고에 의해서나 또는 독립검사에 의해 시작된 경우에만 해당한다는 점이다. 즉 UN 안전보장이사회가 재판소에 상황을 보고하여 재판소가 관할권을 행사하는 경우에는 제124조가 적용되지 않는다.

제124조는 로마회의의 마지막 단계에서 미국의 주장으로 일괄타결안 (package deal)의 일부로서 채택된 것이며 국가들이 로마규정에 가입하면서 7년 동안 전쟁범죄관련 재판소의 관할권을 면제받는 경과조항의 의미를 갖는다고 하겠다.

(Transnational Publishers, 1989), pp.339-340. 참조.

78) 로마규정 제124조.

## V. 침략범죄

### 1. 의의

로마회의에서는 침략범죄에 관해 세가지 주요쟁점이 있었다. 첫째는 침략범죄를 ICC 관할대상범죄로서 로마규정에 포함시킬 것인지 여부, 둘째, 침략범죄의 정의방식과 셋째, 침략범죄와 관련한 UN 안보리의 역할에 관한 쟁점이 로마회의의 대표단간에 논의되었다.<sup>79)</sup> 이 세 가지 쟁점 중 첫 번째는 침략범죄가 조건부로 로마규정에 포함됨으로써 해결되었으나 나머지 두 가지는 ICC 설립준비위에서 그 논의가 계속되게 되었다. 로마회의 최종의정서(Final Act)는 설립준비위가 침략범죄에 관한 정의와 ICC의 침략범죄에 관한 관할권 행사의 요건을 규정한 제안을 준비하도록 하는 임무를 부여하였다.<sup>80)</sup> 그리고 동 제안은 당사국총회에 제출되어 당사국총회에서 채택되며<sup>81)</sup> 로마규정 제5조 2항에 따라 로마규정의 개정절차를 거침으로써 발효하게 된다.<sup>82)</sup> 침략범죄의 정의에 관한 조항이 없이는 ICC는 침략범죄에 대해 관할권을 행사할 수 없다.

### 2. 침략범죄의 정의(Definition of Crime of Aggression)

침략범죄의 정의와 관련하여서는 두 가지 대립되는 주장이 로마회의시부터 제기되었다. 그 하나는 침략범죄의 정의를 1974년 침략에 관한 UN총회결의에 열거된 침략의 정의를 그대로 사용하자는 “열거적 (enumerative)” 정의를 선호하는 아랍국가들의 주장이며, 또 다른 하나는 독일을 중심으로 하는 다수 서방국가들이 선호하는 “일반적(generic)”정의 방식으로서 침략범죄로 인한 사소한 법률분쟁 가능성을 예방하기 위해 명백한 경우만을 포함하도록 일반적인 정의규정을 마련하자는 주장이었다.<sup>83)</sup> 설립준비위에서도 동일한 주장이 반복되

79) 김영석, supra note 2, pp. 64-73.

80) 로마회의의 최종의정서(Final Act), 결의 F. 제7항 참조.

81) Ibid.

82) 로마규정 제121조와 제123조 참조.

83) 김영석, supra note 2, pp. 67-71.

었다. 독일은 준비위에서 침략행위의 존재결정 기준과 침략범죄 성립의 기준이 동일할 필요는 없으며, 또한 개인의 형사책임의 근거인 만큼 범위를 보다 구체적으로 제한함이 바람직하며 “타국영토를 병합하거나 군사적 점령을 의도 또는 초래한, 유엔헌장에 위반하여 타국의 영토보전 또는 정치적 독립을 침해하는 무력공격(armed attack)”을 침략범죄의 핵심내용으로 하는 일반적 정의를 선호하는 안을 제안하였다.<sup>84)</sup> 미국, 영국 등은 1974년 유엔총회결의 제3314호는 개인의 형사적 처벌을 위한 형사규범 확립차원에서 이루어진 것이 아니라 안보리에 대한 침략결정을 위한 지침의 성격으로서 국가의 침략행위의 범위에 관한 정치적 타협의 결과로 이루어진 것이며, 동 결의에서 열거된 행위는 침략행위를 구성하는 것이 아니라 침략행위의 예시에 해당한다고 주장하며 아랍국가들의 주장에 반대하였다. 또한 포괄적 정의방식(general definition)은 ICC의 사법적 기능을 통해 구체적인 사건에 적용하기에 용이하다는 것이 일반적 정의를 선호하는 국가들의 주장이었다.

그 반면 아랍국가들은 1974년 침략에 관한 UN총회결의가 잘 정의되어 있으며 국가들의 법적확신(opinio juris)을 반영하고 있다고 주장하였다.<sup>85)</sup> 또한 동 결의는 Nicaragua 사건<sup>86)</sup> 등 많은 국제사법재판소의 판결에서 언급된 바 있다는 것이 아랍국가들의 주장이었다.<sup>87)</sup>

### 3. 침략범죄에 대한 ICC의 관할권 행사 요건(Conditions of Jurisdiction over Crime of Aggression by the ICC)

로마회의에서부터 UN 안보리의 역할에 대해서도 국가들은 안보리의 침략행위 결정이 있어야만 침략범죄로서 처벌이 가능하다는 안보리 상임이사국 등의 주장과 이러한 안보리의 사전결정이 불필요하다는 아랍국가 등의 주장을 중심으로 논의를 계속하였다.<sup>88)</sup> 우리나라를 비롯한 다수국가들은 준비위에서 유엔헌장규정 제39조 및 ICC 규정 5조 2항 등을 고려할 때 재판소의 침략범죄에

84) 독일의 제안은 UN Doc. PCNICC/1999/INF/2 (2 August 1999), pp. 5-9 참조.

85) 김영석, supra note 2, pp. 74-75.

86) Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 4 (June 27).

87) 김영석, supra note 2, pp. 74-75.

88) Ibid. pp. 71-73.

대한 관할권 행사에는 안보리의 침략행위 존재에 관한 사전 결정 (prior determination by the Security Council of the existence of an act of aggression)이 필요하나, 안보리가 거부권 행사로 인하여 이러한 기능을 제대로 수행할 수 없는 경우 ICC가 침략범죄를 처벌할 수 있는 방안이 필요하다는 입장을 표명하였다. 그 방안으로서 안보리 기능마비시 총회에 이에 대한 결의를 요청하고 그 요청 후 일정기간내 이에 관한 결의가 없는 경우 재판소의 관할권 행사를 인정케 하는 방안, 안보리의 결정이 없을시 국제사법재판소(ICJ)에 권고적 의견(Advisory Opinion)을 요청, 침략행위의 존재여부를 결정케 하는 방안 등이 제기되었다.<sup>89)</sup> 그러나 미국, 영국, 러시아 등 안보리 상임이사국의 입장과 여타 국가들의 입장이 첨예하게 대립되어 있는 현재 논의 상태를 볼 때 가까운 시일에 침략범죄에 대한 관할권 행사요건에 대한 타협안이 도출되기는 어려울 듯 하다.

## VI. 범죄구성요건(Elements of Crimes)

로마규정 제9조는 재판소의 관할에 속하는 전쟁범죄, 人道에 반한 罪 등의 범죄구성요건을 다음과 같이 규정하고 있다.

### 제9조

#### 범죄구성요건

1. 범죄구성요건은 재판소가 제6조, 제7조, 제8조를 해석하고 적용하는데 도움을 준다. 이는 당사국총회의 구성원의 3분의 2의 다수결에 의하여 채택된다.
2. 범죄구성요건에 대한 개정은 다음에 의하여 제안될 수 있다.
  - (a) 당사국
  - (b) 절대과반수의 법관

89) 한 예로서, 그리스와 포르투갈은 안보리가 침략에 관한 결정을 ICC가 요청한 후 12개월안에 내릴 수 없을 때, ICC가 관할권을 행사할 수 있도록 한 제안을 하였다.

(c) 검사

그러한 개정은 당사국총회 당사국의 3분의 2의 다수결에 의하여 채택된다.

3. 범죄구성요건과 그 개정은 이 규정과 양립하여야 한다.<sup>90)</sup>

제9조는 로마회의에서 미국의 주장으로 도입되었다. 미국은 범죄구성요건을 작성하는 것이 죄형법정주의(Nullum Crimen Sine Lege)원칙에 부합한다고 주장하였다. 그러나 대다수의 국가들은 범죄구성요건을 로마회의 중에 합의하여 채택하기는 곤란하며 로마회의이후 개최될 준비위원회에서 채택하기를 희망하였다. 또한 범죄구성요건의 성격도 구속력이 있는 것보다는 ICC 가 로마규정 제6조, 제7조 및 제8조의 해석하고 적용하는데 있어서 도움을 주는 것을 희망하였다. 따라서 제9조의 현재 문안이 타협안으로서 채택되었다.

제9조는 “범죄구성요건은 재판소가 제6조, 제7조, 제8조를 해석하고 적용하는데 도움을 준다”고 규정함으로써, 범죄구성요건이 구속력을 갖거나 로마규정의 불가분의 일체 (integral part)를 이루는 것이 아님을 명확히 하고 있다.

범죄구성요건은 로마회의 최종의정서(final act)에 따라 그 초안이 2000년 6월 30일까지 준비위에 의해 완성되어야 했으며, 준비위는 그 임무를 기한내에 완수하여 범죄구성요건 초안을 완성하였다.<sup>91)</sup> 이 초안은 당사국총회의 승인을 얻어 발효하게 된다. 이 초안은 로마규정 제6조, 제7조와 제8조의 순서에 따라 집단살해죄, 인도에 반한 죄와 전쟁범죄의 구성요건을 정하고 있다. 또한 한 조항이 여러 가지 범죄를 포함하고 있을 때에는 각 범죄를 나누어 범죄구성요건을 정하고 있다. 필자의 의견으로는 금번 성안된 범죄구성요건초안은 다분히 미국의 형법에서 유래한 측면이 많은 것 같다. 그 이유는 각 구성요건을 행동요건 (Actus Reus)과 정신적 요건 (Mens Rea)으로 구별하고 행동요건(Actus Reus)을 행위(conduct), 상황(circumstance) 과 결과(result)로 세분하며, 세분된 각 요소에 네 가지 정신적요건, 즉 의도(purpose), 인식(knowledge), 무모함(recklessness)과 과실(negligence)을 적용하는 구조로 되어 있는데 이는 미국의 표준형법전(Model Penal Code)의 구성요건 구조와 유사하기 때문이다.<sup>92)</sup>

90) 로마규정 제9조

91) 범죄구성요건 초안의 정식명칭은 Finalized draft text of the Elements of Crimes, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2 November 2000)임.

VII. 로마규정관련 미국의 입장

1. 로마회의에서의 미국 입장

미국은 로마규정에 반대한 7개국중 하나였다. 그 주요이유는 해외주둔 미군이 ICC에 의해 기소되고 처벌되는 경우 미군의 사기에 악영향을 줄 수 있다는 우려 때문이었다. 따라서 미국은 로마규정 제12조가 ICC에 자동적 관할권

92) 미국의 표준형법전 (Model Penal Code) section 2.02. General Requirements of Culpability 의 일부는 다음과 같이 규정하고 있다. “(1) Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.

(2) Kinds of Culpability Defined.

(a) Purposely.

A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and
- (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

(b) Knowingly.

A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and
- (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

(c) Recklessly.

A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he **consciously disregards** a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(d) Negligently.

A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he **should be aware of** a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.”



을 부여하고 피의자의 국적국의 동의가 없이도 관할권을 행사할 수 있는 경우가 발생하는 것에 대해 강한 반대의사를 표시하였다.<sup>93)</sup>

## 2. 현재의 미국입장과 향후 전망

미국은 규정서명을 위해 개방된 마지막 날인 2000년 12월 31일 로마규정에 서명하였다. 이 서명은 인권존중과 인도법 등의 위반자에 대한 형사책임 추구를 목표로 하는 로마규정에 대한 미국의 강한 지지의사를 표현한 것으로 볼 수 있다. 그러나 미국 상원외교위원회 전 의장인 제시 헬름스 (Jesse Helms) 상원의원은 로마규정에 미국이 비준하는 것을 반대할 뿐만 아니라 미국이 ICC를 지지하는 것을 막기 위한 법안을 제안하겠다고 선언하였다.<sup>94)</sup> 부시 (Bush) 행정부의 콜린 파월 (Colin Powell) 미국 국무장관도 로마규정을 상원에 비준 동의를 위해 회부할 계획이 없음을 밝혔다.<sup>95)</sup> 또한, 미국의 부시행정부는 2002년 5월 6일, 클린턴 행정부가 로마규정에 서명한 것을 무효화하였다.<sup>96)</sup>

그러나 미국의 이러한 ICC에 대한 반대는 미국내외의 많은 비판여론에 부딪히고 있다. 미국내의 많은 여론은 미국이 국제사회에서의 “법의 지배”를 주도하여 왔으며<sup>97)</sup>, ICC의 설립을 지지함으로써 계속하여 국제법의 지배(Rule of International Law)를 유지하고 발전시키는 것이 미국의 국익에 부합한다고 주장한다.<sup>98)</sup> 미국은 국제연맹, UN, GATT, WTO의 설립에 주도적인 역할을 하였고 그러한 역할이 미국의 국익에도 도움이 되었던 것처럼, ICC의 설립에도 주도적인 역할을 하는 것이 미국이 세계에서 차지하는 위치를 고려할 때 미국의

93) 우리나라의 ICC 관할권 관련 제안과 미국의 반대입장 등에 관해서는 Young Sok Kim, *The Preconditions to the exercise of the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *Journal of International Law and Practice*, Vol 8, p. 47. (1999) 참조.

94) Steven Lee Myers, *Clinton Approves War Crimes Court*, *International Herald Tribune*, 2001년 1월 2일자, p.1.

95) Barbara Crossette, *Powell Pledges Strong Support for Wide Spectrum of U.N. Activities*, *The New York Times*, 2001년 2월 15일자, p. A.15.

96) Neil A. Lewis, *U.S. Rejects All Support for New Court on Atrocities*, *The New York Times*, 2002년 5월 7일자 참조.

97) 프란시스 앤서니 보일, *세계질서의 기초* (김영석 역, 2002) 참조.

98) Sarah B. Sewall & Carl Keyser, *The United States and the International Criminal Court*, p. 244 (2000).

국익에 도움이 된다는 것이다.<sup>99)</sup> 미국이 앞으로 ICC에 대해 과연 어떠한 정책을 추구할 지는 현재로서는 예측하기 어려운 듯 하다. 왜냐하면, 현재에는 ICC에 대해 미국이 반대입장을 표명하고 있으나, 장기적으로 볼 때 미국이 ICC 규정에 가입하는 것도 불가능한 것만은 아니기 때문이다. 한 예로서 미국은 1982년 UN 해양법 협약에 대해 레이건 행정부는 반대하였으나, 나중에 클린턴 행정부는 해양법 협약 중 심해저개발 협약을 일부 개정하면서 서명한 예가 있기 때문이다.<sup>100)</sup> 미국이 어렵고도 균형된 타협의 산물인 로마규정의 문자와 정신을 훼손하지 않으면서 가입할 경우 ICC는 보다 효과적으로 그 임무를 수행할 수 있을 것이다.

## VIII. 관련문제

### 1. 미국에서의 9. 11 테러 대참사와 로마규정상 의 전쟁범죄

2001년 9월 11일 미국의 심장부인 뉴욕과 워싱턴에 대한 테러공격은 전세계를 경악하게 하였고 미국은 이에 대하여 2001년 10월 8일 아프가니스탄의 수도 카불 등을 공습하였다. 이러한 사태와 관련하여 첫째, 9.11 테러행위가 로마규정상 의 전쟁범죄에 해당하는지, 둘째, 미국의 아프가니스탄 공격과 관련하여 로마규정상 의 전쟁범죄 조항을 적용할 수 있는지의 두 가지 질문을 관련문제로서 생각할 수 있다. 첫째의 질문과 관련하여, 9.11 테러는 전시가 아닌 평시에 행해진 것이므로 로마규정상 의 전쟁범죄에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 둘째의 질문과 관련하여, 로마규정 제11조는 “재판소의 時間的 管轄權으로서 재판소는 이 규정이 발효된 이후에 행하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가진다”고 하고 있다. 로마규정은 2002년 7월 1일부터 발효하게 되므로, 그 이전에 발생한 전쟁범죄에 대해서는 국제형사재판소가 로마규정상 의 전쟁범죄 규정을 적용할 수 없다. 그러나, 아프가니스탄 공격과 관련하여 전쟁범죄가 로

99) Ibid.

100) 프란시스 앤서니 보일, *supra* note 97, pp. 74-75.

마규정 발효일인 7월 1일이후에 발생한다면, 국제형사재판소는 로마규정 발효 이후에 발생한 전쟁범죄에 대해서는 관할권을 행사하여 관련 범죄인을 처벌할 수 있다.

따라서, 미국 등 테러를 응징하려는 국가들이 국제인도법원칙을 준수하고 여러 가지 국제법 및 전쟁법상의 제한을 지킬 때, 예를 들어, 가능한 민간인의 피해를 최소화하기 위해 군사목표에 대해서만 공습을 하고 테러범죄의 처벌에 필요한 최소한의 수단으로서 무력행사를 할 때, 또한 무력행사를 위한 UN 安全保障理事會의 승인을 얻을 때, 미국 등의 테러응징노력은 여타 국가들의 협력과 지지가운데 합법적으로 이루어 질 것이며, 테러와 보복의 악순환과 국제적 무법상태를 회피할 수 있을 것이다.

## 2. 미국에서의 9.11 테러 대참사와 로마규정상 의 인도에 반한 죄와 집단살해죄

다음으로, 이러한 9.11. 테러행위는 로마규정상 의 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는지 살펴볼 필요가 있다. 먼저, 9.11 테러행위는 불특정 민간인에 대한 공격 및 살인행위였다. 또한, 9. 11 테러공격행위는 동시다발적이고 체계적인 것으로 보인다. 더구나, 로마규정 제7조 2항(a)는 앞에서 살펴보았듯이 “민간인에 대한 공격”이 국가뿐만 아니라 테러조직의 정책을 수행하기 위한 것의 일부인 경우도 포함하고 있기 때문에 이번 테러공격도 “카에다”라는 테러조직의 정책을 수행하기 위한 것으로서 로마규정 제7조의 인도에 반한 죄의 성립요건을 충족하는 것으로 보인다. 이를 볼 때, 9.11 테러공격은 로마규정 제7조의 “민간인에 대한 광범위한 또는 체계적인 공격의 일부로서 행해진 살해”로서 인도에 반한 죄를 구성한다고 볼 수 있을 것 같다.

한편, 국제형사재판소 규정의 채택을 위한 로마회의시 일부국가는 인도에 반한 죄가 무력충돌시 또는 무력충돌과 관련해서만 인정되어야 한다고 주장한 바 있으나 이러한 주장은 배척되어 국제형사재판소규정은 평시에도 인도에 반한 죄가 성립될 수 있음을 명확히 하고 있기 때문에 9. 11 테러가 발생한 시점이 전쟁시가 아닌 평화시인 점도 9. 11 테러가 인도에 반한 죄를 구성하는

데 의문을 제기하지 않는다.

이와 관련하여, 9.11 테러가 집단살해죄를 구성할 수도 있는지에 대해서도 의문이 있을 수 있다. 그러나, 집단살해죄는 범죄의 정신적 구성요건(mens rea)으로서 소위 “특정한 의도(specific intent)”를 요구하는 범죄로서 가해자가 특정 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도(특정한 의도, specific intent)와 집단구성원을 살해 또는 위해할 의도(일반적 의도, general intent)의 두 가지 의도 모두가 있어야 성립이 되는 범죄이다. 따라서, 테러범들이 미국국민의 일부를 파괴하려는 의도를 가지고 인명을 고의적으로 살해하였다는 점이 입증된다면 집단살해죄가 성립될 수도 있다. 그러나, 만약 미국민이라는 집단을 파괴할 의도는 없이 단순히 대량살상만을 노렸다면 집단살해죄가 아닌 인도에 반한 죄만 성립될 수 있을 것이다. 실제로 동일한 가해자의 행위에 대해 집단살해의 특정한 의도를 입증할 수 있는가의 여부에 따라 집단살해죄 또는 인도에 반한 죄로 처벌할 수 있는 가능성이 존재한다. 그 예로서 세르비아의 전대통령인 밀로세비치가 인도에 반한 죄로 구유고전범재판소에서 기소되었다가 최근 집단살해죄의 혐의가 추가된 바가 있다.<sup>101)</sup>

그러나 국제형사재판소가 9.11 테러행위 범한 자들을 인도에 반한 죄 또는 집단살해죄로서 심판하기가 어려운 이유가 한가지 있다. 그것은 로마규정 제11조가 “재판소의 시간적 관할권으로서 재판소는 이 규정이 발효된 이후에 행하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가진다고 규정하고 있고, ICC규정이 발효되기 전에 발생한 9.11 테러에 대해서는 ICC 가 관할권을 행사할 수가 없기 때문이다.

## IX. 결 론

이상으로 국제형사재판소 규정상의 관할대상범죄에 대해 간략히 살펴보았다. 위에서 본바와 같이 국제형사재판소의 관할대상범죄는 어느 정도 상당히 엄격한 범죄구성요건을 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나, 국제형사재판소규정상의 관할대상범죄의 정의 및 범죄구성요건은 기존의 뉘른베르그 현장 등 국제

101) *Farmer Testifies Against Milosevic*, The New York Times, 2002년 2월 21일.

조약, ICTY 규정 및 ICTR 규정 등 UN 헌장에 근거한 UN 안전보장이사회의 구속력 있는 결의, 그리고 국제관습법에 충실히 기초하고 있음을 알 수 있다.

한편, 로마규정의 전쟁범죄 규정은 국제적 무력충돌과 비국제적 무력충돌의 경계가 점차 모호해지고 있는 경향을 반영하여 원래 국제적 무력충돌에 적용되던 규정들이 비국제적 무력충돌에도 적용되도록 한 점도 하나의 의의라고 사료된다. 핵무기 관련 조항 등 일부 조항은 오히려 기존의 국제법보다 다소 후퇴했다는 비판이 가능하겠으나, 로마규정 자체의 탄생을 위한 타협의 산물임을 간과해서는 안될 것이다. 더구나, 범죄구성요건은 형법의 기본 원칙인 죄형법정주의가 국제형사재판소 관할대상범죄에 대해서 적용되는 데 많은 도움이 될 것으로 판단된다. 또한, 로마규정은 뉘른베르그 재판에서 확인된 바 있는, 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 등 국제범죄를 범한 개인의 형사책임을 명확히 인정하고 있다고 파악된다.

국제형사재판소 규정은 20세기에 인류가 목격한 대량학살, 인종청소 등 비인도적 만행에 대한 반성을 반영하고 있으며, 앞으로는 그러한 참혹한 범죄가 다시 발생하지 않도록 예방하고, 만일 그러한 범죄를 저지른 자가 있다면 반드시 정의의 심판을 받도록 하자는 목적에서 출범한 것이다. 로마규정이 발효되면 앞으로 9.11 테러나 캄보디아에서 대량학살과 같은 참혹한 범죄를 처벌할 수 있는 국제법적인 제도가 수립되게 된다는 의의가 있다.

우리나라는 국제형사재판소 규정에 서명만 하고 비준은 하지 않은 상태이다. 우리정부도 조속히 로마규정의 비준에 필요한 검토와 준비를 마쳐 동 규정에 비준함으로써, 국제범죄를 처벌하고 억제하여 국제사회의 정의를 이루려는 국가들의 노력에 동참할 수 있기를 바란다. 위에서 본바와 같이 국제형사재판소 규정상의 관할대상범죄는 국제조약과 국제관습법 등 기존의 국제법에 충분한 근거가 있고, 더구나 우리 헌법 제6조 1항이 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있으며, 이 헌법 조항에 따라 우리나라는 이미 UN 회원국으로서 조약인 UN 헌장을 준수할 의무가 있는 점과 일반적으로 승인된 국제법규 즉 국제관습법(customary international law)의 국내법적 효력을 인정하고 있는 점등을 고려할 때, 우리나라가 국제조약과 국제관습법에 충실하게 근거하고 있는 로마규

정상의 관할대상범죄 조항을 국내적으로 이행하기가 어렵지 않을 것으로 보이며, 나아가 로마규정 자체를 우리정부가 비준하는 데에도 장애가 되지 않으리라고 판단된다.

우리나라는 로마회의와 설립준비위에서 로마규정 제12조 관할권조항과 관련한 대단히 중요한 제안을 하는 등 로마규정 채택과 범죄구성요건 초안 및 절차 및 증거규칙 초안 작성에 많은 기여를 하여왔다. 또한 필요한 준비작업이 완료되는 대로 로마규정을 비준할 계획을 가지고 있는 것으로 보인다. 그 동안 국제평화와 인권의 신장을 위해 노력해온 국제사회와 우리나라의 노력이 공평하고 효과적인 ICC의 설립이라는 좋은 결실을 맺을 수 있기를 기원하면서 이 글을 마치고자 한다.

첨부: 로마규정 제8조

제8조

전쟁범죄

1. 재판소는 전쟁범죄에 관하여, 특히 그러한 범죄가 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 광범위한 수행의 일부로서 저질러진 경우, 관할권을 가진다.
2. 이 규정의 목적상, "전쟁범죄"라 함은, 다음의 행위를 말한다.
  - (a) 1949년 8월 12일자 제네바협약의 중대한 위반, 즉 관련 제네바협약의 규정에 따라 보호되는 사람 또는 재산에 대한 다음의 행위 중 어느 하나
    - (i) 고의적인 살해
    - (ii) 고문 또는 생물학적 실험을 포함한 비인도적인 대우
    - (iii) 고의로 신체 또는 건강에 큰 고통이나 중대한 상해를 야기하는 것
    - (iv) 재산의 광범위한 파괴 또는 도용으로서, 군사상의 필요에 의하여 정당화되지 아니하며 불법적이고 이유 없이 행해진 것
    - (v) 포로 또는 달리 보호되는 자를 적국의 군대에 복무하도록 강요하는 것
    - (vi) 포로 또는 달리 보호되는 자에게서 공정하고 정규적인 재판을 받을 권리를 고의로 박탈하는 것
    - (vii) 불법적인 추방 또는 이송 또는 불법적인 구금
    - (viii) 인질로 잡는 일
  - (b) 국제법의 확립된 체제내에서 국제적 무력충돌시 적용할 수 있는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반, 즉 다음의 행위 중 어느 하나
    - (i) 민간인 주민 전체에 대하여 또는 적대행위에 직접 참여하지 아니한 개별 민간인에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것
    - (ii) 민간인의 물건, 즉 군사적 목표가 아닌 물건에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것
    - (iii) 국제연합 헌장에 따른 인도적인 원조나 평화유지임무와 관련된 요원, 시

설, 자재, 부대 또는 차량이 무력충돌에 관한 국제법에 따라 민간인 또는 민간인의 물건에 대하여 부여되는 보호를 받을 자격이 있는 경우, 그것들에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것

(iv) 그러한 공격이 민간인에 대하여 부수적으로 인명의 살상이나 상해를, 또는 민간인의 물건에 대하여 손해를, 또는 예상되는 구체적이고 직접적인 전반적 군사적 이익과의 관계에 있어서 명백히 과도할 정도로 자연환경에 대하여 광범위하고 장기간의 중대한 손해를 야기한다는 것을 알고서도 의도적으로 공격을 개시하는 것

(v) 방어되지 않고 군사적 목표물이 아닌 도시, 마을, 거주지 또는 건물을 어떠한 수단에 의하든 간에 공격하거나 폭격하는 것

(vi) 무기를 내려놓은 후 또는, 더 이상 방어수단이 없이 무조건 항복한 전투원을 살해하거나 부상을 입히는 것

(vii) 제네바협약의 식별표장뿐 아니라 휴전의 깃발, 적 또는 국제연합의 깃발 또는 계급장과 제복을 부적절하게 사용함으로써 그 결과 사망 또는 심각한 신체적 상해를 야기하는 것

(viii) 점령국이 자국의 민간인 주민의 일부를 직접 또는 간접적으로 점령지역으로 이전시키거나, 점령지의 주민의 전부 또는 일부를 이러한 지역내 또는 지역 밖으로 추방시키거나 또는 이전시키는 것

(ix) 종교, 교육, 예술, 과학 또는 자선을 위한 건물, 역사적 기념물, 병원, 병자와 부상자들이 모인 장소에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것. 다만, 그것이 군사 목표물이 아니어야 한다.

(x) 적대당사자의 지배하에 있는 자를 육체적인 불구가 되게 하거나, 관련자의 의학적, 치과적 또는 병원적 치료로서 정당화되지 아니하며, 또한 그를 위하여 수행되는 것이 아닌 것으로서 그러한 자의 건강을 심각하게 위태롭게 하거나 사망을 초래하는 종류의 의학적 또는 과학적 실험을 받게 하는 것

(xi) 적국이나 적군에 속한 개인을 속임수를 써서 살해하거나 부상을 입히는 것

(xii) 항복한 적에게 생존권 박탈을 선언하는 것

(xiii) 전쟁의 필요에 의하여 필수적으로 요구되지 아니하는 한, 적의 재산을

- 파괴하거나 압수하는 것
- (xiv) 적대당사자의 국민의 권리나 소송이 법정에서 폐지되거나 정지되거나 또는 불허된다고 선언하는 것
- (xv) 적대당사자의 국민이 전쟁개시 전에 교전국에서 군복무를 하고 있었다 할지라도 그를 그 자신의 국가에 대한 군사작전에 참여하도록 강요하는 것
- (xvi) 강습에 의하여 점령을 당했을 때라도 도시 또는 장소를 약탈하는 것
- (xvii) 독이나 독이 든 무기를 사용하는 것
- (xviii) 신경가스, 독가스 또는 다른 가스와 이와 유사한 모든 액체, 물질 또는 장치를 사용하는 것
- (xix) 중심부를 완전히 감싸지 않은 또는 절개하여 관통하는 단단한 외피를 가진 총탄과 같이, 인체내에서 쉽게 확장되거나 평평해지는 총탄을 사용하는 것
- (xx) 과도한 상해나 불필요한 고통을 야기하는 성질을 가지거나 또는, 무력충돌에 관한 국제법을 위반하여 본래부터 무차별적인 무기, 발사체, 물질과 전투방식을 사용하는 것. 다만, 그러한 무기, 발사체, 물질과 전투방식은 포괄적 금지의 대상이어야 하고, 제121조와 제123조에서 정해진 관련 규정에 따른 개정에 의하여 이 규정의 부속서에 포함되어야 한다.
- (xxi) 개인의 존엄성에 대한 폭행, 특히 모욕적이고 품위를 손상시키는 대우를 하는 것
- (xxii) 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 제7조 제2항 (f)에서 정의된 바와 같은 강제임신, 강제불임, 또는 제네바협약의 중대한 위반에 해당하는 다른 형태의 성폭력을 행하는 것
- (xxiii) 어떠한 지점, 지역 또는 군대를 군사작전으로부터 면제되도록 하기 위하여 민간인 또는 다른 보호받는 자의 존재를 이용하는 것
- (xxiv) 국제법에 따라 제네바협약의 식별표장을 사용하는 건물, 물체, 의무부대와 수송수단에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것
- (xxv) 제네바협약상 규정된 바와 같은 구호품 공급을 고의로 방해하는 것을 포함하여, 민간인들에게서 그들의 생존에 불가결한 물건을 박탈함으로써 의도적으로 그들의 기아를 전투수단으로서 이용하는 것

- (xxvi) 15세미만의 아동을 국민군으로 징집하거나 모병하는 것 또는 그들을 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용하는 것
- (c) 비국제적 성격의 무력충돌의 경우는, 1949년 8월 12일자 제네바 4개 협약에 공통된 제3조의 중대한 위반, 즉 무기를 버린 군대의 구성원과 질병, 부상, 억류 또는 기타 사유로 전투외에 놓여진 자를 포함하여 적대행위에 직접 가담하지 않은 자에 대하여 행하여진 다음의 행위중 어느 하나
- (i) 생명 및 신체에 대한 폭행, 특히 모든 종류의 살인, 신체의 절단, 학대 및 고문
- (ii) 개인의 존엄성에 대한 유린, 특히 모욕적이고 품위를 손상시키는 대우
- (iii) 인질로 잡는 일
- (iv) 정규로 구성된 법원에 의한, 일반적으로 불가결하다고 인정되는 모든 사법적 보장을 부여하는 사전적 재판없이 행하여진 형의 선고 및 형의 집행
- (d) 제2항 (c)는 비국제적 성격의 무력충돌에 적용되며, 따라서 폭동, 고립되고 산발적인 폭력행위 또는 이와 유사한 성격의 다른 행위와 같은 국내적 소요나 긴장상태에는 적용되지 아니한다.
- (e) 국제법의 확립된 체제내에서 비국제적 성격의 무력충돌시 적용할 수 있는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반, 즉 다음의 행위중 어느 하나
- (i) 민간인주민 전체에 대하여 또는 적대행위에 직접 참여하지 아니한 개별 민간인에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것
- (ii) 국제법에 따라 제네바협약의 식별표장을 사용하는 건물, 물체, 의무부대와 수송수단에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것
- (iii) 국제연합 헌장에 따른 인도적인 원조나 평화유지임무와 관련된 요원, 시설, 자재, 부대 또는 차량이 무력충돌에 관한 국제법에 따라 민간인 또는 민간인의 물건에 대하여 부여되는 보호를 받을 자격이 있는 경우, 그것들에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것
- (iv) 종교, 교육, 예술, 과학 또는 자선을 위한 건물, 역사적 기념물, 병원, 병

자와 부상자들이 모인 장소에 대하여 의도적으로 공격을 가하는 것. 다만 그것이 군사적 목표물이 아니어야 한다.

- (v) 강습에 의하여 점령당하였을 때라도 도시 또는 장소를 약탈하는 것
- (vi) 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 제7조 제2항 (f)에서 정의된 바와 같은 강제입신, 강제불임, 또한 제네바 4개 협약에 공통된 제3조의 중대한 위반에 해당하는 다른 형태의 성폭력을 행하는 것
- (vii) 15세미만의 아동을 군대 또는 집단에 징집하거나 모병하는 것 또는 그들을 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용하는 것
- (viii) 관련 민간인의 안전 또는 필수적인 군사적 이유가 이를 정당화하지 않는 한, 총돌과 관련된 이유로 민간인 주민에게 퇴거를 명하는 것
- (ix) 상대방 전투원을 신의칙에 반하여 살해하거나 부상을 입히는 것
- (x) 항복한 적에게 생존권 박탈을 선언하는 것
- (xi) 총돌의 타방당사자의 지배하에 있는 자를 육체적인 불구가 되게 하거나, 관련자의 의학적, 치과적 또는 병원적 치료로서 정당화되지 아니하며, 또한 그를 위하여 수행되는 것이 아닌 것으로서 그러한 자의 건강을 심각하게 위태롭게 하거나 사망을 초래하는 종류의 의학적 또는 과학적 실험을 받게 하는 것
- (xii) 무력총돌의 필요에 의하여 필수적으로 요구되지 아니하는 한 적의 재산을 파괴하거나 압수하는 것.

(f) 제2항 (e)는 비국제적 성격의 무력총돌에 적용되며, 따라서 폭동, 고립되고 산발적인 폭력행위 또는 이와 유사한 성격의 다른 행위와 같은 국내적 소요나 긴장상태에는 적용되지 아니한다. 제2항 (e)는 정부당국과 조직된 무장집단간 또는 그러한 무장집단간에 장기간의 무력총돌이 존재할 때, 그 국가의 영역에서 발생하는 무력총돌에 적용된다.

3. 제2항(c)와 (d)의 어떠한 규정도 모든 정당한 수단에 의하여 그 국가내에서 법과 질서를 유지하거나 재확립하려는 또는 그 국가의 통일성과 영토보전을 지키려는 정부의 책임에 영향을 미치지 아니한다.

## 국제형사재판소조약 비준을 위한 국내법의 정비방향\*

조 용 환(변호사)

### 1. 서론

집단살해, 반인도적 범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄 등 국제범죄를 수사하여 처벌하는 상설 국제재판소를 설치하는 “국제형사재판소에관한로마조약(Rome Statute of the International Criminal Court)”<sup>1)</sup>이 마침내 그 요건<sup>2)</sup>을 충족하여 2002년 7월 1일에 발효하게 되었다.

이 조약은 전문에서 “금세기 동안 수백만의 아동, 여성 및 남성이 인류의 양심에 깊은 충격을 주는 상상할 수 없을 정도의 잔학한 행위의 희생자가 되어 왔”으며 “그러한 중대한 범죄가 세계의 평화, 안전과 복지를 위협”하고 “국제공동체 전체가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄는 처벌받지 않으면 안”된다고 인식의 출발점을 명시한 바와 같이 국제범죄를 처벌하고 또한 예방하고자 하는 인류의 소망을 담은 것이다.

\* 이 글은 2002년 1학기 서울대학교 대학원 법학과 정인섭 교수의 “국제형사법” 과목의 강의를 토대로 한 것이며 강의에 참여한 학생들의 발표와 토론에서도 많은 도움을 받았음을 밝혀둔다. 또 이 글의 작성과정에서 자료를 제공해 주신 한양대학교 최태현 교수께 감사드린다.

1) 1998년 6월 15일부터 7월 17일까지 로마에서 열린 “국제형사재판소설립에 관한 전권대사들의 유엔외교회의(United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court)”에서 채택. UN Doc. A/CONF.183/9 (July 17, 1998), <http://www.un.org/icc>. 이 조약의 이름을 “로마규정”이라고 번역하는 것이 일반적이지만, 그 실질은 다자간 조약이므로 이 글에서는 편의상 “국제형사재판소에 관한 로마조약”이라고 해석하고, “로마조약”, “국제형사재판소조약”, “조약”과 같은 표현을 구별없이 사용한다. 또한 이 글에서 “재판소”라는 말은 로마조약에 의하여 설치되는 “국제형사재판소”를 말한다.

2) 로마조약 제126조 제1항에 의하면 로마조약은 60번째 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁된 날로부터 60일이 지난 이후의 달의 첫 번째 날에 발효하는데, 2002년 4월 11일 60번째 비준서가 기탁되었다.

이 글은 우리나라가 로마조약을 하루 속히 비준하는 것이 지극히 바람직하다는 전제에서 로마조약을 국내에서 이행하는 데 필요한 법적 문제점과 대안을 정리하고자 한다. 물론 헌법에 의하면 국회의 동의를 거쳐 비준된 조약은 별도의 입법이 없이도 법률과 같은 효력을 가지는 것이 원칙이기 때문에<sup>3)</sup> 형식적으로 말하면 로마조약 역시 국회의 동의를 거쳐 비준을 하기만 하면 국내법과 같은 효력을 가지게 되고 그에 따른 당사국의 의무를 이행하는 데 별다른 문제가 없지 않은가 하는 생각을 할 수 있다. 그러나 로마조약에 의하여 설치되는 국제형사재판소는 당사국의 신속한 협력이 없이는 그 기능을 원활하게 수행할 수 없기 때문에 로마조약은 당사국에 대하여 국내입법이 불가피한 다양한 의무를 부과하고 있다. 또한 국제형사재판소는 모든 국가가 일차적으로 관할권을 가지는, “국제공동체 전체가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄”에 대하여 각 국가가 관할권을 행사하지 않을 경우에 보충적으로(complementary) 관할권을 행사할 수 있을 뿐이기 때문에 당사국은 이 범죄들을 국내에서 수사하고 재판할 수 있는 제도를 정비할 의무를 부담하게 된다.

따라서 로마조약은 다른 조약들과 달리 당사국의 의무를 성실히 이행하기 위해서는 반드시 그 의무이행을 위한 국내법의 정비가 반드시 필요한 조약으로서 이른바 “비 자기집행적 조약(non-self-executing treaty)”이라고 할 수 있다. 그러므로 우리나라가 로마조약을 비준하기 위해서는 당사국으로서 의무를 이행하는 데 필요한 국내법을 제정하거나 정비하는 것이 전제되어야 하므로 이 글에서는 로마조약에 따라 당사국이 부담하는 의무 가운데에서 새로운 법률을 제정하거나 혹은 기존의 법률을 개정할 필요가 있는 것들이 무엇인지를 찾아 보고, 그에 맞는 대안을 모색해 보고자 한다.

## 2. 국제형사재판소조약에 의한 당사국의 의무와 국내법 정비의 방향

### 가. 의무의 내용

로마조약에 따른 당사국의 기본적인 의무는 “...국제공동체 전체가 관심을 가

3) 헌법 제6조 제1항 참조.

지는 가장 중대한 범죄는 처벌받지 않으면 안되며, 그러한 범죄에 대한 실효적 기소는 국가적 수준에서 조치를 취하고 국제협력을 제고함으로써 확보되어야 함을 확인하며, 그 범죄를 저지른 자들이 처벌받지 않는 상태(impunity)를 종식시키고 그렇게 함으로써 그 범죄를 예방하는 데 기여하기로 결정하고, 국제범죄에 책임이 있는 자들에 대하여 형사관할권을 행사하는 것이 모든 국가의 의무라는 것을 상기하며, ...”라고 한 전문에 나타나 있다.

다시 말하면 로마조약의 대상이 되는 국제범죄에 대하여 당사국은 각 국가의 수준에서 형사관할권을 행사하는 등의 조치를 취해야 하며, 국제형사재판소가 수사와 재판을 할 경우에 요구되는 협력을 제공해야 한다.

따라서 당사국으로서 이행해야 할 가장 기본적인 의무는 국제범죄 처벌을 위한 국내법을 정비할 의무와 국제형사재판소의 수사와 재판에 협력하기 위한 국내법과 제도를 정비할 의무라고 할 수 있다. 한편, 로마조약은 국제형사재판소의 수사와 재판 및 형집행을 받는 피의자와 피고인 및 수형자의 권리를 국제인권조약 등 국제기준에 따라 보장하고 있기 때문에, 국제형사재판소의 요청에 따라 국내 수사기관이 수사를 하는 경우는 말할 것도 없고, 국내에서 국제범죄를 처벌할 경우에도 마땅히 로마조약이 보장한 수준으로 피의자와 피고인, 그리고 수형자의 권리를 보장할 의무가 부수적으로 발생한다고 할 수 있다<sup>4)</sup>. 이런 점에서 로마조약은 각 국가들이 스스로의 법제도를 반성하고 개선할 수 있는 기회를 제공하고 있다<sup>5)</sup>.

4) 국내 수사기관이 국제형사재판소의 협력요청에 따라 증거를 수집하는 등 수사를 하는 경우, 로마조약이 정한 수준의 “국제적으로 승인된 인권을 위반하여 취득된 증거”로서 그 위반으로 인하여 “증거의 신빙성에 상당한 의심을 야기시키는 경우” 또는 그 증거를 채택함으로써 “절차의 완전성(integrity)에 반하거나 이를 중대하게 해하는 경우”에는 증거로 채택할 수 없다. 로마조약 제69조 제7항. 물론 국제기준에 미달하는 국내 형사절차법에 따라 국제형사재판소에 협력하는 것 자체가 로마조약에 위반된다고 보기는 어렵다. 그러나 우리나라 역시 시민적및정치적권리에관한국제규약 등 로마조약과 같은 수준의 국제인권조약의 당사국으로서 이를 지킬 의무가 있을 뿐 아니라, 우리나라가 관할권을 행사하여 국내법에 따라 수사 및 처벌하는 국제범죄의 피의자에 대하여는 국제수준에 미달하는 국내법을 적용하고, 우리나라가 관할권을 행사하지 아니하여 국제형사재판소가 수사 및 재판하는 사람에 대하여는 국제적으로 승인된 인권이 보장된다면 불합리하게 불평등한 취급을 하는 결과를 가져오게 된다. 따라서 모든 사람을 평등하게 대우해야 한다는 헌법의 요청에 의하여 국내 형사절차법 등을 재정비하는 것이 필요하게 된다. 이 점에 관하여는 뒤에서 따로 살펴본다.

5) 로마조약 당사국의 의무에 관한 기본적인 논의는 Otto Triffterer, 'Legal and Political

### 나. 의무이행의 방향

로마조약의 비준을 위하여 우리나라가 해야 할 국내법적 조치의 방향은 결국 앞에서 본 바와 같이 로마조약이 부과하는 의무의 내용에 의하여 규정된다. 다시 말하면 로마조약이 처벌하고자 하는 국제범죄를 국내에서 실효적으로 수사하여 처벌할 수 있는 실체법과 절차법을 정비하고, 국제형사재판소가 국제범죄를 수사 및 처벌하고 형을 집행하기 위하여 우리나라에 협력을 요청하는 경우 신속하고 적절하게 필요한 협력을 제공할 수 있는 법적인 근거를 마련하는 것이다.

국내법의 정비방향은 크게 보아 로마조약의 비준과 관련된 의무를 이행하기 위한 특별법을 제정하는 방식과 관련된 국내법을 하나하나 개정하는 방식이 있을 수 있다. 각각의 장단점이 있을 수 있지만, 로마조약의 이행을 위하여 필수적인 의무의 이행에 관한 사항을 포괄하여 새로운 법률을 제정하고, 그 외에 부수적으로 필요한 사항에 관하여는 개별법률들을 개정하여 보완하는 방식이 가장 적절하다고 생각한다<sup>6)</sup>. 이렇게 본다면, 나의 생각으로는 가장 기본적인 의무인 국제범죄의 처벌을 위한 국내법의 정비를 위하여 (가칭) 비인도적범죄 등의처벌에관한법률<sup>7)</sup>을 제정하고, 국제형사재판소에 대한 협력의무의 이행을 위하여 (가칭) 국제형사재판소조약의이행에관한법률을 우선적으로 제정하면서 로마조약을 비준한 다음, 그밖에 필요한 사항들은 개별 국내법들을 개정하여

Implications of the Domestic Ratification and Implementation Process', Report on the Meeting, Round Table, The Implementation of the International Criminal Court Statute in Domestic Legal System, 12th-13th November 1999, University of Teramo, Italy 참조.

6) 로마조약의 비준을 위한 국내법의 정비와 관련하여 제기되는 기본적인 문제점과 방향에 관한 연구는 崔泰鉉, '국제형사재판소 설립에 대비한 국내법제의 정비', 국제법학회논문집 제46권 제1호 (2001), 277-296쪽 참조. 이 글은 최태현 교수의 연구를 바탕으로 하여 구체적인 쟁점들에 관하여 살펴보는 것을 목적으로 하였다.

7) "비인도적범죄등의처벌에관한법률"이라는 이름을 생각한 것은 로마조약에서 규정한 범죄들, 즉 집단살해죄, 비인도적 범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄에 공통된 특성이 비인도적성이라고 보기 때문이다. 또한 "비인도적범죄등"이라고 함으로써 이러한 범죄에 대한 공소 시효를 배제하는 문제에 관하여 최근 인권단체들이 주장하는 이른바, "반인권적 국가범죄"를 포함시킬 수 있을 것으로 생각되기 때문이다. 따라서 이 글에서 "비인도적 범죄"라는 표현은 문맥에 따라 로마조약 제7조의 "인도에 반한 죄"를 가리키는 경우도 있고 로마조약 제5조에 따라 국제형사재판소의 관할대상이 되는 집단살해죄, 비인도적 범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄를 모두 가리키는 경우도 있다.

보완해 나가는 방식으로 처리하는 것이 로마조약의 신속한 비준과 국내법의 정비를 위하여 바람직하다고 생각한다.

### 다. 헌법적 쟁점이 제기되는 의무

#### (1) 개관

로마조약에서 차지하는 내용상의 비중과 별개로 로마조약의 비준문제에 관하여 각국의 국내법, 특히 헌법규정과 상충되는 내용들이 있어 논란이 제기되어 왔다. 일반적으로 헌법의 규정과 충돌하는 쟁점이 제기되는 내용들은 첫째, 국가원수나 정부수반, 국회의원 등에 대하여 인정되는 면책특권의 문제, 둘째, 자국민의 외국에 대한 불인도를 규정한 조항의 문제, 셋째, 무기징역형을 잔인한 형벌로 보아 금지한 헌법규정의 문제 등이다. 이런 조항들에 대하여 각국은 각국의 헌법이론과 현실에 따라 헌법을 개정하거나 헌법규정의 의미를 새롭게 해석함으로써 충돌을 피하는 방식으로 이를 해결하고 있다<sup>8)</sup>.

우리나라의 경우에는 헌법상 자국민의 불인도 원칙이나 무기징역형금지 등이 규정되어 있지 않기 때문에 대통령과 국회의원에게 인정되는 특권과 관련해서만 검토할 문제가 있어 보인다.

#### (2) 로마조약과 헌법규정

로마조약은 각 국가에서 공적인 지위에 부여되는 어떠한 특권도 인정하지 않고 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 있음을 명시적으로 선언하고 있다. 이는 로마조약이 문제삼는 국제범죄의 대부분이 국가권력을 이용하여 자행되는 현실을 고려할 때 당연한 일이다. 로마조약 제27조 제1항은 "이 조약은 공적 지위에 근거한 구분없이 모든 사람에게 동등하게 적용된다. 특히, 국가 원수 또는 정부 수반, 정부 또는 의회의 구성원, 선출된 국회의원 또는 정부 공무원으로서의 공적 지위는 어떠한 경우에도 그 개인을 이 조약에 따른 형사책임으로부터 면제시키지

8) 이 점에 관하여는 최태현, 앞의 논문; Venice Commission, Report on Constitutional Issues Raised by the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court, 15 January 2001 (이하 "Venice Commission Report") 참조.



아니하며, 또한 본질적으로 그리고 자동적으로 감형사유가 되지 아니한다”고 규정하고 제2항은 “국내법상이던 또는 국제법상이던 어느 사람의 공적 지위에 따라 부여되는 면책 또는 특별한 절차상 원칙은 재판소의 그 사람에 대한 관할권 행사에 장애가 되지 아니한다”고 부연하여 선언하고 있다.

한편 헌법은 국회의원과 대통령에게 일정한 범위의 특권을 부여하고 있다. 헌법 제45조는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다”고 규정하고 제44조는 제1항에서 “국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다”고 한 다음 제2항에서는 “국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다”고 하여 형사절차상 특권을 인정하고 있다. 또 제84조는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서 국회의원이 헌법상 면책특권을 이용하여 국회의 발언을 통하여 국제형사재판소의 관할대상이 되는 범죄를 저지른 경우<sup>9)</sup>, 혹은 국회의원이거나 대통령에 대하여 국제형사재판소가 인도요청을 한 경우 이러한 헌법상 특권과 관련하여 문제가 제기될 가능성이 있다.

### (3) 문제점과 해결방향

(가) 국회의원의 원내발언에 대한 면책특권이나 대통령의 재직 중 불기소특권은 국내의 사법절차상의 특권일 뿐, 국제형사재판소에 의한 수사 및 재판에 적용될 수 없다는 점에 관하여는 논란의 여지가 없어 보인다. 따라서 국회의원이 원내발언을 통해 국제범죄를 저질렀거나 대통령이 비인도적 범죄를 저지른 혐의로 국제형사재판소의 인도요청을 받을 경우, 적어도 이론상으로는 국회의원이거나 대통령을 인도하는 것이 가능하다고 보아야 할 것이고 따라서 이러한 헌법규정은 우리나라가 로마조약을 비준하는 데 법적인 의미의 장애요인은 되지 않을 것으로 보인다.

9) 예컨대, 집단살해를 저지르도록 직접적으로 그리고 공개적으로 타인을 선동한 경우 집단살해죄로 처벌을 받게 되는데(로마조약 제25조 3항 (e)), 국회의원이 원내발언을 통하여 집단살해죄를 저지르도록 다른 사람을 선동할 수 있을 것이다.

(나) 그러나 현실적으로는 난관이 있을 수 있다. 현직 대통령이나 국회의원에 대하여 범죄 혐의로 국제형사재판소로부터 인도요청이 있을 경우, 현실적으로 어떤 절차와 방법에 의하여 이들을 인도할 수 있을 것인가 하는 점을 검토해 볼 필요가 있다.

로마조약에 의하면 국제형사재판소는 일정한 요건을 갖추어 당사국에 대하여 혐의자의 체포 및 인도(제89조) 혹은 긴급인도구속(제92조)을 요청할 수 있으며, 당사국은 로마조약의 규정과 “자국의 국내법상의 절차에 따라 체포 및 인도청구에 응하여야 한다”(제89조 제1항). 따라서 대통령이나 국회의원에 대하여 국제형사재판소의 체포 및 인도요청이 있을 경우 구체적으로 어떤 절차에 따라 이들을 체포 및 인도할 수 있을 것인가 하는 점이 문제가 되는 것이다.

(다) 우선 대통령의 경우, 헌법 제84조는 이론상 대통령에 대한 수사 및 국제형사재판소에 대한 인도를 목적으로 한 체포와 구금을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다. 따라서 로마조약 이행법률에 정한 피의자의 체포와 인도절차에 따라 대통령을 체포하여 인도하는 것이 이론적으로는 가능할 것이다. 그러나 재직 중인 대통령을 체포하여 인도하는 것이 현실적으로는 가능하지 않을 것이므로, 이때 대통령을 현직에서 물러나게 하는 방법을 강구할 필요가 있을 것이다.

국제형사재판소의 인도요청을 받은 현직 대통령이 스스로 사임하지 않을 경우, 현행법상으로는 그의 임기가 만료될 때까지 기다리지 않는 한, 탄핵소추에 의한 파면밖에 방법이 없는 것으로 보인다. 헌법 제65조 및 제111조에 의하면 대통령이 “그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때”, 국회 재적의원 과반수의 발의와 3분의 2이상의 의결로 탄핵소추 및 의결을 할 수 있으며, 탄핵의결시에는 대통령으로서 권한행사가 정지된다. 그리고 헌법재판소의 탄핵심판 결정이 있으면 현직에서 파면된다<sup>10)</sup>. 그렇기는 하지만, 국제형사재판소의 체포 및 인도요청이 있다는 이유로 국회가 대통령에 대하여 탄핵을 발의하고 의결할 수 있을 것인지, 또한 헌법재판소가 탄핵을 결정할 것인지에 대하여는 아무런 보장이 없다는 문제가 있다. 특히 대통령이 비인도적 범죄의 혐의를 지는 상황은 전쟁 또는 1980년 신군부의 내란행위와 같은 현정중단사태가 아니

10) 국회법 제130조 내지 제134조; 헌법재판소법 제48조 내지 제54조 참조.

고서는 생각하기 어려운 만큼 국회와 헌법재판소 등이 정상적인 기능을 수행할 것을 기대하기도 쉽지 않다. 물론 이러한 상황은 신유고연방의 대통령이던 밀로세비치에 대한 구유고전범재판소의 체포영장 발부 및 인도요청의 경우와 같이 결국 정치적으로 해결될 가능성이 많겠지만, 장기적으로 헌법을 개정하는 기회가 있다면, 이러한 사태가 일어나는 것을 예방한다는 의미에서 제도의 개선 또는 보완이 필요하다고 생각한다.

(라) 국회의원을 체포 및 인도하는 경우에는 대통령의 경우와는 또 다른 측면에서 복잡한 문제가 있다. 헌법 제44조에 따라 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니하며, 국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방되기 때문이다. 따라서 제16대 국회에서 국회의 다수당인 한나라당이 부정부패 혐의로 구속영장이 청구된 소속 의원을 보호하기 위하여 국회를 소집한 경우와 같이, 국회의 다수당이 비인도적 범죄로 체포 및 인도요청을 받은 국회의원을 보호하기 위하여 국회를 소집하여 의결을 방해 내지 부결시키거나 혹은 이미 체포 및 구금된 국회의원에 대하여 석방결의를 통과시키는 경우 혐의자인 국회의원의 체포와 인도가 사실상 불가능해지는 사태가 벌어질 수 있다.

(마) 비인도적 범죄를 국내법에 의하여 처벌하고자 할 경우에도 문제는 발생할 수 있다. 우선 국회의원이 원내 발언에 의하여 비인도적 범죄를 저지른 경우에는 헌법 제45조에 의한 면책특권이 직접 적용되어 수사 및 재판이 불가능하다고 보아야 할 것이다. 물론 헌법 제45조에 규정한 “직무상 행한 발언”을 좁게 해석하여, 비인도적 범죄를 선동하는 등의 범죄행위는 여기에 포함되지 않는다고 해석하는 경우도 생각해 볼 수 있겠지만, 헌법상 면책특권이 인정되는 “직무상 행한 발언”은 그 내용보다는 국회의원이 국회의원의 자격으로 국회에서 한 발언이라는 형식을 통해 파악하는 것이 더 옳아 보이기 때문이다. 따라서 헌법을 개정하지 않는 한 국회의원의 원내발언으로 인한 비인도적 범죄를 국내법으로 처벌하는 것은 불가능하므로, 장기적으로 헌법개정을 통하여 문제를 해결하는 것이 필요하다. 다만, 헌법개정이 이루어지기 전까지의 대안으로 국회의원이 원내발언을 통하여 비인도적 범죄를 저질러 국내법에 의한

수사 및 처벌이 불가능할 경우, 로마조약 제14조에 정한 바에 따라 그 사태를 국제형사재판소 검사에게 회부하거나 혹은 수사를 요청하도록 규정하는 방법을 생각할 수 있다.

(바) 한편, 대통령이 비인도적 범죄를 저지른 경우 헌법상 수사는 가능하지만, 그 행위가 형법 또는 군형법에 정한 내란죄나 외환죄에 해당하지 않는 한 기소가 불가능하다는 문제점이 있다. 따라서 이때에는 수사를 진행하되 탄핵결정에 의한 파면 또는 임기만료나 사임 등에 의하여 현직에서 물러나기를 기다리는 방법밖에 없어 보인다. 따라서 이 문제 역시 장기적으로는 헌법을 개정할 때 보완하는 것이 필요하다.

### 3. 비인도적 범죄의 처벌을 위한 실체법상의 의무

#### 가. 개관

로마조약은 국제형사재판소의 관할에 속하는 비인도적 범죄의 범주를 집단살해죄, 반인도적 범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄<sup>11)</sup>로 나눈 다음 각각의 범죄별로 구성요건을 규정하고 있다. 따라서 로마조약의 당사국으로서 이들 범죄를 처벌하기 위해서는 이들 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있게 하고 또한 처벌할 수 있는 범죄구성요건과 형벌을 규정한 국내법을 정비하는 것이 전제되어야 한다. 비인도적 범죄의 경우 보편적 관할권 행사를 전제로 하는데, 법률에서 보편적 관할권(universal jurisdiction)<sup>12)</sup>을 행사할 수 있는 근거규정을 두지 않으면 형법의 일반원칙에 의하여 영토관할권이나 적극적 혹은 소극적 인적

11) 다만 로마조약은 침략범죄의 구성요건에는 합의하지 못했으며 로마조약의 발효 후 7년이 지난 후에 유엔사무총장이 소집하는 검토회의에서 침략범죄의 내용에 관하여 합의함으로써 로마조약을 개정하게 되면 그때부터 적용된다. 로마조약 제5조 제2항, 제121조 및 제123조 참조.

12) 보편적 관할권에 관하여는 The Princeton Principles on Universal Jurisdiction; Amnesty International, Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implementation, Introduction (September 2001), AI Index: IOR 53/002/2001 참조. Amnesty International이 발간한 이 보고서의 시리즈는 “Amnesty International Universal Jurisdiction”으로 인용.

관할권 또는 보호적 관할권 행사에 그치게 되기 때문이다<sup>13)</sup>.

이와 관련하여 먼저 검토해야 하는 의문은 로마조약을 비준할 경우 헌법 제 6조 제1항<sup>14)</sup>에 의하여 로마조약은 국내법과 같은 효력을 가지게 되므로 로마조약 제5조 내지 제8조에 정한 비인도적 범죄의 구성요건들은 당연히 국내법의 효력을 갖게 되어 우리나라의 수사기관과 법원이 관할권을 가지게 되는 것이 아닌가, 혹은 그렇지 않다고 하더라도 이들 조항들은 헌법 제6조 제1항에 의하여 당연히 효력을 가지는 국제관습법의 일부로서 국내법의 효력을 가지므로 굳이 새로운 국내법을 제정하지 않더라도 그 범죄들을 처벌할 수 있지 않은가 하는 점이다.

이 문제는 헌법이 규정한 죄형법정주의의 내용과 범위에 관한 문제이다. 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, …” 라고 규정하고 있는데 여기서 말하는 “행위시의 법률”이 행위시에 적용되는 국내법만을 말하는 것인지, 아니면 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지는 국제관습법까지도 포함하는 것인지에 대한 해석이 이 문제에 대한 해답이 될 수 있다.

비인도적 범죄에 대한 처벌의 가능성을 확보하기 위해서는 국제관습법으로 처벌가능한 범죄는 국내형법에 범죄구성요건과 형벌이 규정되어 있지 않아도 처벌할 수 있다고 하는 것이 도움이 될 것이다. 하지만, 국가권력의 자의적 행사로부터 국민을 보호하는 죄형법정주의의 기능을 중시할 경우 구성요건과 형

13) 영토적 관할권(territorial jurisdiction)은 관할권 행사의 기초가 되는 것으로 국가가 자기 영토에서 발생한 범죄에 대하여 관할권을 가진다는 원칙이다. 적극적 인적 관할권(active personality jurisdiction)은 범죄를 저지른 사람의 국적국이 행사하는 관할권을 말하며 소극적 인적 관할권(passive personality jurisdiction)은 범죄 피해자의 국적국이 행사하는 관할권을 말한다. 보호적 관할권(protective jurisdiction)은 국가의 일정한 법익을 침해하는 범죄의 경우 외국인이 외국에서 한 범죄에 대하여 관할권을 행사하는 것이다. 보호적 관할권은 국가안보에 관한 범죄와 같이 외국인이 외국에서 범한 범죄를 처벌한다는 점에서 보편적 관할권과 유사한 측면이 있지만, 보편적 관할권은 그 국가의 법익침해 여부와 무관하게 국제공동체의 관심대상이 되는 중대한 범죄에 대하여 국제관습법을 근거로 한 관할권 행사라는 점에서 서로 다르다. 우리나라 형법도 제2조 내지 제6조에서 보편적 관할권을 제외한 나머지 관할권의 원칙을 규정하고 있다. 상세한 것은 Amnesty International Universal Jurisdiction, Chapter One 참조.

14) “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”

벌은 물론, 어떤 규범이 과연 국제관습법으로 형성되어 있는지 조차가 반드시 명백하지 않은 국제관습법에 근거하여 국내의 실정 형법이 없는 상황에서 형벌을 가할 수 있다고 해석하는 것은 곤란하지 않은가 하는 생각이 든다<sup>15)</sup>. 따라서 비인도적 범죄를 처벌하기 위해서는 원칙적으로 국내에서 제정된 법률에 그 구성요건과 형벌을 명확히 규정할 필요가 있다.

다음으로 제기되는 의문은 비록 범죄의 명칭은 다르다 하더라도 비인도적 범죄의 대부분은 기존의 국내 형사법에 의하여 처벌할 수 있으므로 굳이 새로운 입법을 할 필요가 없지 않은가 하는 점이다. 예컨대, 집단살해(Genocide)를 직접 처벌하는 범죄구성요건이 없더라도 살인죄로 처벌할 수 있다는 것이다<sup>16)</sup>. 그러나 이와 같은 해결방식은 바람직하지 않다고 할 수 있다. 우선 비인도적 범죄를 “국제공동체 전체가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄”로 규정하여 모든 국가로 하여금 관할권을 행사하게 하는 이유는 그것을 구성하는 하나 하나의 범죄행위를 넘어서 그 전체를 포괄하는 조직성, 집단성, 계획성, 목적성 같은 요소들 때문이며, 이러한 요소들로 인하여 비인도적 범죄는 그것을 구성하는 개별적인 행위들의 차원을 넘게 된다. 따라서 예컨대 집단살해죄를 개별적인 살인죄로 규정하여 처벌하는 것은 범죄의 실질을 제대로 파악하지 못하는 결과로 이어질 가능성이 매우 높다. 또 비인도적 범죄의 경우에 국내의 형법에 그 행위들을 처벌할 수 있는 구성요건이 마련되어 있지 않은 경우가 있을 수 있으며, 그렇지 않다고 하더라도 비인도적 범죄의 고유한 특성을 반영하지 못하기 때문에 그 범죄의 중대성에 비하여 형이 지나치게 낮아지는 문제점이 있을 수 있다. 또 실무상으로도 문제된 비인도적 범죄행위에 대하여 국내형법 규정을 제대로 찾아서 적용하는 데 많은 어려움과 혼란이 따를 것이다. 따라서

15) 독일의 경우에도 죄형법정주의 원칙은 독일의 성문법에 의하여 범죄구성요건과 형벌이 규정되어 있을 것을 요구한다. Steffen Wirth, International Criminal Law in Germany Case Law and Legislation, paper presented to the Conference 'Combating International Crimes Domestically(3rd Annual War Crimes Conference, Ottawa, 22-23 April 2002), p.2.

16) 이것이 우리나라 정부의 공식 입장이다. 고문방지조약에 의한 고문범죄나 집단살해방지조약에 의한 집단살해죄, 그리고 전시예외의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949; 제4협약) 제146조 및 제147조에 따라 협약의 중대한 위반행위를 처벌하기 위한 국내법을 제정하지 않는 것은 이러한 해석에 근거한 것으로 보인다. 法務部, 유엔拷問防止協約 - 大韓民國 最初報告書 - (1995.12.), 85-92쪽 참조.

비인도적 범죄의 실질을 파악하여 그에 걸맞는 구성요건과 형벌을 규정한 국내법을 새로 제정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

#### 나. 보편적 관할권 행사의 근거

비인도적 범죄를 처벌하는 국내법에서 가장 중요한 사항은 국내의 수사기관 및 법원이 비인도적 범죄에 대하여 보편적 관할권을 행사할 수 있도록 근거규정을 두는 것이다. 현행 형법 제5조는 일정한 경우에 외국인의 국외범을 처벌하는 조항을 두고 있지만, 이는 대한민국의 법익을 침해한 데 대한 관할권 행사일 뿐, 비인도적 범죄를 처벌하는 보편적 관할권의 근거규정은 아니며 그 적용범위 또한 비인도적 범죄들을 포함하지 않고 있기 때문이다.

이와 관련하여 함께 고려해야 할 몇 가지 문제들은 다음과 같다.

첫째, 보편적 관할권의 대상이 되는 범죄의 범위를 어떻게 규정할 것인가 하는 점이다. 대한민국이 비인도적 범죄에 대하여 보편적 관할권을 행사한다고 할 때, 로마조약 및 국제관습법이 규정하는 모든 비인도적 범죄에 대하여 다 관할권을 행사할 것인지, 아니면 그 중에서도 가장 중대하고 심각하다고 판단하는 일부 범죄 혹은 대한민국과 일정한 연관을 가진 범죄에 대해서만 관할권을 행사할 것인가에 관하여 판단하는 것이 필요하다.

둘째, 보편적 관할권 행사의 절차문제가 있다. 이는 범죄발생지가 외국이고, 범죄자나 피해자가 모두 외국인인 경우에도 국내에서 발생하는 범죄와 같이 수사기관이 독자적인 판단에 의하여 범죄혐의가 있을 경우 수사를 개시할 수 있게 할 것인가, 아니면 검찰총장의 사전 승인과 같이 우리나라가 보편적 관할권을 행사하는 것이 필요하고도 바람직한지에 관한 정치적 혹은 사법적 판단 절차를 둘 것인가 하는 문제이다. 이론적으로만 생각한다면, 그러한 판단절차를 두지 않는 것이 비인도적 범죄의 예외없는 수사 및 처벌을 위하여 더 바람직할 수 있지만, 인적 및 물적으로 제한된 자원을 쓰는 수사 및 재판과정을 우리나라와 연관성이 적고, 증거수집은 물론 피의자의 신병확보와 재판이 쉽지 않고 막대한 자원이 소모될 뿐 아니라, 외교관계 등 국가적인 이익이 관련될 여지가 있는 보편적 관할권 행사에 대하여는 일정한 사전 검증 내지 통제절차

가 필요한 측면이 있을 수도 있다<sup>17)</sup>.

셋째, 보편적 관할권 행사의 보충성 문제가 있다. 예컨대, 우리나라가 관할권을 행사하는 것이 필요하기는 하지만, 범죄와 더 깊은 연관을 가진 다른 나라가 있거나 혹은 국제형사재판소가 관할권을 행사하는 것이 더 바람직한 경우에도 우선적으로 우리나라가 관할권을 행사할 것인지, 혹은 다른 나라나 국제형사재판소에 관할권 행사를 양보할 것인가 하는 것이다.

넷째, 수사 및 재판기관의 특정 문제로서, 이는 우리나라가 보편적 관할권을 행사하여 수사 및 재판을 할 경우 그 수사기관 및 관할 법원을 특정할 것인가 아니면 형사소송법의 일반 원칙에 따를 것인가 하는 문제이다. 일반적으로 비인도적 범죄는 고도의 정치적 성격을 가질 뿐 아니라 수사의 방법과 절차, 언어 문제, 피의자와 피고인의 권리보장 문제 등에서 많은 어려움이 예상되므로, 그러한 문제들을 적절히 대처할 수 있는 능력을 가진 기관을 특정하는 것도 바람직한 대안이 될 수 있다.

다섯째, 이와 관련하여 제기되는 것이 군사법원의 재판권 문제이다. 일반적으로 군사법원은 법원의 구성과 권한행사와 관련한 독립성과 공정성에 대해 많은 의혹을 받고 있기 때문에 국제인권법 역시 군사법원에 의한 재판을 불신하고 재판을 받을 권리는 원칙적으로 민간 법원으로부터 재판을 받을 권리를 의미하는 것으로 받아들여진다<sup>18)</sup>. 그런데 비인도적 범죄, 특히 전쟁범죄의 경우 군인에 의하여 저질러질 가능성이 극히 높기 때문에 우리나라가 보편적 관할권을 행사하는 경우 군사법원에 의한 재판을 인정할 것인가 하는 점이 문제가 된다. 우리나라의 경우 군사법원이 헌법에 의하여 군인 등에 대한 재판권을 인정받고 있으므로<sup>19)</sup> 비인도적 범죄의 범인이 우리나라의 군인인 경우 군사법

17) 관할권 행사과정에서 정치적 혹은 사법적 판단 절차를 둘 경우 그 판단권을 가진 고위 공무원이 국가의 외교적 이익이라는 관점에 매몰되어 관할권 행사에 소극적으로 될 가능성이 많기 때문에 비인도적 범죄의 처벌이라는 이념을 달성하는 데 바람직하지 않은 측면이 있다. 이 점에 관하여는 Amnesty International Universal Jurisdiction, Chapter Fourteen, 7-13쪽 참조.

18) 시민적및정치적권리에관한국제규약 제14조 1항. "... 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄의 결정...을 위하여 법률에 의하여 설치된 권한있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권한을 가진다..."

19) "군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영토안에서는 중대한 군사상 기밀...에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판

원의 재판권을 부인하기는 어려울 것으로 보인다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 민간 수사기관과 법원이 관할권을 행사하는 것이 바람직할 것이다<sup>20)</sup>.

#### 다. 비인도적 범죄 구성요건의 범위

##### (1) 처벌하는 범죄의 범위

로마조약 제5조 내지 제8조는 기존 국제관습법상의 범죄를 토대로 하여 집단살해죄, 반인도적 범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄를 처벌대상으로 규정하고 있다. 하지만, 로마조약 제정과정의 협상결과 규정에 따라서는 기존의 국제관습법의 내용과 반드시 일치하지 않고 그 범위를 다소 확대하거나 축소하고 있는 부분들이 있다. 따라서 비인도적 범죄를 처벌하기 위한 국내 형사법에서는 로마조약에 규정되어 있는 범죄는 모두 포함해야 하지만, 그밖에 로마조약의 규정이 정확하게 반영하지 못하고 있는 기존 국제관습법의 범죄도 모두 담는 것이 바람직할 것으로 보인다. 왜냐하면, 이 법률은 로마조약의 기준을 계기로 제정하는 것이긴 하지만, 로마조약 외에도 국제관습법에 따라 개인의 형사책임이 발생하는 범죄를 모두 처벌할 수 있도록 제도를 정비하는 것이 바람직하기 때문이다.

따라서 새로 제정하는 법률은 로마조약 제5조 내지 제8조에 규정한 범죄 가운데 아직 범죄구성요건이 확정되지 않은 침략범죄를 제외한 나머지 범죄, 즉 집단살해죄, 반인도적 범죄 및 전쟁범죄를 모두 반영하고, 기존의 국제관습법에 의한 범죄 중 로마조약에 충분히 반영되어 있지 않은 부분들을 구성요건에 추가로 반영해야 한다<sup>21)</sup>.

을 받지 아니한다.” 헌법 제27조 제2항.

20) 이 점에 관하여는 Amnesty International Universal Jurisdiction, Chapter fourteen, 12-13쪽 참조.

21) 이 점에 관하여는 Anna Segall, 'Punishment of war crimes at the national level: Obligations under international humanitarian law and the complementarity principle established by the International Criminal Court', Conference Material The Rome Statute - What's Next? Domestic and Foreign Approaches to the Implementation of International Criminal Law in National Law, International Criminal Law Society (October 2000), 3-8쪽 참조.

##### (2) 국제형사재판소의 사법운동을 침해하는 범죄

로마조약은 제5조 내지 제8조에서 규정한 비인도적 범죄 외에도 국제형사재판소의 사법운동을 침해하는 다음과 같은 범죄에 대하여 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 있게 하고 있다<sup>22)</sup>.

- (a) 제69조 제1항에 따라 선서<sup>23)</sup>한 후에 한 허위 증언<sup>24)</sup>
- (b) 허위 또는 위조된 것임을 알면서 한 증거 제출<sup>25)</sup>
- (c) 증인에 대한 부정한 영향 행사, 증인의 출석 또는 증언 저해 또는 방해, 증인이 증언한 것에 대하여 보복하는 것 또는 증거 인멸, 조작 또는 증거 수집 방해<sup>26)</sup>
- (d) 재판소 직원의 직무수행에 대한 방해, 협박 또는 부정한 영향 행사<sup>27)</sup>
- (e) 재판소 직원에 대한 보복
- (f) 재판소 직원이 뇌물을 요구하거나 받는 것<sup>28)</sup>

국제형사재판소의 사법운동을 침해하는 범죄에 대하여 우리나라는 먼저 형법의 관련 규정을 한국의 영토 안에서 혹은 한국 국민이 저지른, 국제형사재판소의 사법운동을 침해하는 행위에도 확장하여 적용할 의무를 부담하며(제70조 제4항 (a))<sup>29)</sup>, 다음으로 국제형사재판소의 요청이 있고 적절하다고 판단하는 경우

22) 로마조약 제70조 제1항 (a)호 내지 (f)호 참조.

23) 절차및증거규칙 초안 제66조에 의하면 증인은 선서하기 전에 다음과 같이 진실을 말하겠다고 선서하여야 한다. "I solemnly declare that I will speak the truth, the whole truth and nothing but the truth."

24) 형법 제152조 위증죄 참조.

25) 공문서의 위조와 변조(형법 제225조), 허위공문서 작성(형법 제227조), 위조 등 공문서의 행사(형법 제229조), 사문서 등의 위조와 변조(형법 제230조), 위조사문서 등의 행사(형법 제234조)죄 등을 적용할 수 있을 것이나, 로마규정에 일치하는 범죄구성요건은 없는 것으로 보인다.

26) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 9는 증인에 대한 보복 또는 진술, 증언 또는 자료제출의 방해, 허위진술, 증언 자료제출을 하게 하기 위하여 살인, 상해, 폭행, 체포, 감금, 협박을 한 행위를 가중 처벌하고, 증인에 대한 면담강요 또는 위력을 보일 경우 처벌하고 있다. 폭행 또는 협박에 의한 증거수집 방해는 형법 제324조의 강요죄를 적용할 수 있다. 증거인멸은 형법 제155조 참조.

27) 폭행, 협박에 의한 공무집행방해(형법 제136조), 위계에 의한 공무집행방해(형법 제137조)

28) 뇌물죄 (형법 제129조 내지 제133조).

29) "각 당사국은 자국의 수사 또는 사법절차의 완전성을 침해하는 불법행위를 범죄화하는 자국 형법을, 자국 영토안에서 또는 자국민에 의하여 저질러진, 이 조에서 언급된, 사법

에는 사건을 수사기관에 회부하여 수사 및 처벌할 의무(제70조 제4항 (b))<sup>30)</sup>를 지고 있다.

따라서 로마조약의 문언 자체만으로는 로마조약 제70조 제1항 (a)호부터 (f)호까지 규정한 사법운영을 침해하는 범죄 구성요건을 반드시 국내법에 그대로 반영할 의무는 없고, 단지 기존에 국내 형법에 있는 범죄를 국제형사재판소의 사법운영을 침해하는 행위에도 적용할 수 있도록 규정하면 최소한의 의무를 이행하는 것이 된다. 하지만, 로마조약에 규정한 사법운영을 침해하는 범죄는 보편적으로 사법절차의 공정성과 투명성을 보장하기 위한 것으로 국내 형법의 규정 역시 이에 맞추어 정비하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 따라서, 이 부분과 관련해서는 로마조약의 범죄행위가 반영되어 있지 않는 것들을 반영하여 법률을 개정하고, 새로 제정하는 법률에서는 그러한 형법 규정들이 국제형사재판소의 절차에도 확장 적용되며, 또한 국제형사재판소의 요청이 있을 경우 이를 수사기관에 회부하여 수사 및 재판을 할 수 있는 근거조항을 두어야 할 것이다.

### (3) 지휘관 및 상사의 책임

로마조약 제28조는 조약이 처벌하고자 하는 범죄행위에 대한 가장 중대한 책임은 그 범죄를 직접 실행하는 자 보다는 그 범죄행위를 계획·명령하거나 지휘하는 자 혹은 그 범죄행위를 방지할 책임이 있음에도 불구하고 이를 방치하거나 조장하는 지휘관 및 상사에게 있다는 점을 고려하여 지휘관 및 상사의 책임을 특별히 규정하고 있다.

우선 군사지휘관 또는 사실상 군사지휘관의 역할을 하는 사람의 경우에는 그의 지휘 및 통제 또는 관할 및 통제를 받는 군대가 저지른 범죄의 결과에 대하여, (i) 그 군대가 범죄를 저지르고 있거나 저지르려고 한다는 사실을 알았거나 또는 정황상 알았음이 틀림없는 경우, 그리고 (ii) 그 범행을 방지하거나 제지하기 위하여 또는 그 행위에 대해 수사 및 기소가 이루어지도록 관할 당

운영을 침해하는 범죄에도 확장한다.”

30) “당사국은 재판소의 청구가 있고, 당사국이 이를 적절하다고 고려하는 경우, 그 사건을 소추를 위하여 자국의 관할 당국에 회부한다. 관할 당국은 그 사건을 성실하게 취급하며, 그 사건이 효과적으로 처리되도록 하기에 충분한 자원을 투여한다.”

국에 회부하기 위하여, 필요하고 합리적인 조치를 취하지 않은 경우 형사책임을 부담한다.

민간인 상사의 경우에는 자신의 관할 및 통제하에 있는 하급자가 저지른 범죄에 대하여, (i) 하급자가 범죄를 저지르고 있거나 또는 저지르려 한다는 사실을 알았거나 또는 이를 명백히 보여주는 정보를 의식적으로 무시한 경우; (ii) 범죄가 상사의 책임과 통제 범위 내에 속하는 행위와 관련된 경우; 그리고 (iii) 그들의 범행을 방지하거나 제지하기 위하여, 또는 그 행위에 대해 수사 및 기소가 이루어지도록 관할 당국에 회부하기 위하여, 자기 권한내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 못한 경우 형사책임을 부담한다.

우리나라의 형법상으로는 지휘관이나 상사는 자신이 직접 범죄를 저지르지 않은 경우에도 정범의 범죄에 관여한 경우에는 공범의 일반이론에 따라 공동정범, 간접정범, 교사범, 방조범<sup>31)</sup>으로서 비인도적 범죄에 대하여 책임을 진다. 그리고 로마조약도 제25조 제3항에서 공범이론에 따라 공범에 해당하는 자의 형사책임을 규정하고 있다. 그러나 로마조약 제28조가 정한 지휘관과 상사의 책임은 기존의 공범이론에 따른 책임이 아니고, 이들에게 자신의 지휘나 통제를 받는 자들에 의하여 저질러지는 범죄를 방지하고 또한 처벌할 책임을 수행하지 않은 데 대한 별개의 형사책임을 부과한 것이다. 따라서 비인도적 범죄를 처벌하는 국내법의 경우에도 로마조약 제28조에 따라서 비인도적 범죄를 방지하거나 수사 및 처벌하기 위하여 조치를 할 책임을 이행하지 않은 지휘관 및 상사들에 대하여 책임을 물을 수 있는 근거를 마련해야 할 것이다.

### (4) 상급자의 명령에 의한 범죄

로마조약은 또 상급자의 명령에 의하여 비인도적 범죄를 저지른 경우 그 형사책임을 면제되지 않는다고 규정하고 있다. 어떠한 상급자도 범죄를 저지르도록 명령할 권한은 없고 또한 범죄행위를 하라는 명령에는 복종할 의무가 없다는 점에서 상급자의 명령에 의한 범죄가 면책될 수 없다는 것은 당연한 것이며 기존의 국제관습법에서 인정된 원리를 재확인한 것에 지나지 않는다. 그럼에도 불구하고 로마조약이 처벌하고 방지하고자 하는 비인도적 범죄는 일반적

31) 형법 제30조 내지 제34조 참조.

으로 하급자에 의하여 저질러지기보다는 상급자의 명령에 따라 저질러지는 경우가 많을 것이므로, 이러한 규정은 의미가 있다고 할 수 있다.

로마조약 제33조에 의하면 정부 또는 군대나 민간인 상급자의 명령에 따라 범죄를 범한 경우 원칙적으로 형사책임이 면제되지 아니한다. 다만, (a) 정부 또는 상급자의 명령에 따를 법적 의무가 있고; (b) 그 명령이 불법임을 알지 못하였으며; 그리고 (c) 그 명령이 명백히 불법적이지 않았던 경우에는 형사책임이 면제될 수 있다. 하지만, 집단살해 또는 인도에 반한 죄를 행하도록 하는 명령은 명백히 불법적이다.

따라서 비인도적 범죄 처벌을 위한 국내법에도 이러한 규정을 명시하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이렇게 명백히 규정을 둬으로써 교육을 통한 사전 예방의 효과를 거둘 수 있을 것이기 때문이다.

## 라. 구성요건의 소급 및 공소시효 문제

### (1) 비인도적 범죄 처벌의 “소급”문제

국제형사재판소는 로마조약이 발효된 이후, 즉 2002년 7월 1일 이후에 행하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가지며(제11조 제1항), 로마조약 발효 후에 당사국이 되는 경우에는 그 나라에 대하여 조약이 발효된 이후에 저질러진 범죄에 대하여만 관할권을 행사할 수 있다(제11조 제2항)<sup>32</sup>). 따라서 누구도 로마조약이 발효하기 전에 한 행위로 인하여 로마조약에 따라 형사책임을 지지 않으며 재판소의 판결이 있기 전에 법이 변경되는 경우 피의자 또는 피고인에게 유리한 법을 적용해야 한다(제24조).

그러나 로마조약이 소급효를 인정하지 않는다고 하여 비인도적 범죄를 처벌하는 국내법을 제정하는 경우에도 당연히 소급적용이 금지된다는 결론으로 이

32) 국제형사재판소의 비당사국도 로마조약 제5조 내지 제8조에 해당하는 특정한 범죄에 대하여 국제형사재판소의 관할권 행사를 수락하는 선언을 할 수 있다. 그리고 재판소는 범죄가 발생한 영역국 또는 범죄가 발생한 선박나 항공기의 등록국 또는 그 범죄를 저지른 자의 국적국 중 하나 이상의 국가가 로마조약의 당사국이거나 혹은 비당사국으로서 국제형사재판소의 관할권을 수락한 경우 관할권을 행사할 수 있다 (로마조약 제12조 제2항, 제3항). 로마조약의 발효 후에 비준한 국가에 대하여는 비준서를 기탁한 후 60일이 지난 날 이후의 달의 첫 날에 그 나라에 대하여 발효하게 된다(제126조 제2항).

어지는 것은 아닌 것처럼 보인다. 왜냐하면, 새로 제정하는 국내법에 규정하는 비인도적 범죄는 대부분 기존 형사법의 관련 구성요건에 의하여 처벌할 수 있는 범죄이기 때문에 새로 제정하는 국내법의 경우 반드시 그 제정 이후의 행위에 대하여만 적용할 수 있다고 해석할 필요는 없기 때문이다. 물론, 신법 제정 이전에 발생한 행위 가운데 반드시 처벌해야 할 행위가 발견될 경우 기존의 처벌법규를 적용하여 처벌하면 되기 때문에 굳이 신법을 ‘소급’하여 적용할 필요는 없다고 볼 수도 있는 것이 사실이다<sup>33</sup>).

한편, 외국에서 외국인이 저지른 비인도적 범죄에 대하여는 기존의 형법이 보편적 관할권을 인정하지 않고 있기 때문에 기존 형법으로는 처벌할 수 없다는 결론이 나온다. 따라서 신법 제정 이전에 외국인이 외국에서 저지른 행위에 대하여는 기존 형법을 적용할 수 없을 뿐 아니라 신법을 적용할 경우 죄형법정주의에 위반되는 문제가 발생하기 때문에 결국 외국인이 외국에서 저지른 비인도적 범죄는 신법 제정 후에 일어난 범죄에 한하여 신법을 적용하여 처벌할 수밖에 없다.

### (2) 공소시효 부적용 문제

로마조약에 규정한 비인도적 범죄는 공소시효의 대상이 되지 아니한다(제29조). 물론 이 규정은 로마조약의 발효 이후에 발생한 행위에 대하여, 국제형사재판소의 수사와 재판에 관하여 적용되는 것이므로 당사국이 비인도적 범죄에 대하여 공소시효를 폐지해야 할 의무가 이 규정에 의하여 당연히 발생하는 것으로 보이지는 아니한다.

그러나 비인도적 범죄를 처벌하는 국내법을 제정할 경우 적어도 그 범죄들에 대하여는 공소시효를 배제하는 특별 규정을 두는 것이 바람직하다. 우선 로

33) 예컨대, 집단살해죄에 해당하는 행위가 신법 제정 이전에 발생하였다고 가정할 경우, 기존 형법에 의하면 이 행위는 살인죄의 경합범으로 처벌될 것이다. 그런데 집단살해죄를 규정한 신법을 적용하여 처벌할 경우 실질적으로는 같은 행위에 대하여 죄명만 다른 새로운 구성요건을 적용하는 결과가 되는데 이런 경우 죄형법정주의에 위반되는지에 관하여는 논란의 여지가 있을 수 있다. 그러나 이는 어디까지나 이론적인 논의일 뿐, 신법 제정 이전에 발생한 행위에 대하여는 살인죄를 적용하여 처벌하면 되고 또한 그것이 과거의 사례들과 형평에도 맞는 측면이 있기 때문에 굳이 신법을 적용할 필요는 없다고 볼 여지가 있다.

마규정의 전문이 확인하는 바와 같이 여기서 문제삼는 비인도적 범죄들은 “인류의 양심에 깊은 충격을 주는, 상상할 수 없을 정도의 잔학한 행위”로서 “세계의 평화, 안전과 복지를 위협”하기 때문에 “국제공동체 전체가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄”로서 반드시 처벌해야 하고 “그 범죄를 저지른 자들에 대한 불처벌의 상태(impunity)를 종식시키고 그렇게 함으로써 그러한 범죄를 예방”할 수 있기 때문이다. 그리고 이 범죄를 처벌하고 불처벌의 상태를 종식시키는 데 가장 효과적인 방법이 이 범죄에 대한 공소시효를 배제하는 것이다. 나아가 로마조약의 당사국은 국제형사재판소가 비인도적 범죄에 대한 수사과 재판을 할 경우에 “최대한 협조”해야 하는데(제86조) 만일 당사국이 국내법상 이러한 범죄에 대하여 공소시효를 인정한다면 해결하기 어려운 논리적 모순에 직면하게 된다. 즉, 국제형사재판소가 당사국에서 공소시효가 경과된 범죄 혐의자에 대한 체포와 인도를 요청할 경우 그 당사국은 자국에서는 처벌할 수 없으므로 자유를 보장해야 하는 사람을 체포하여 인도함으로써 형사처벌을 받게 한다는 이상한 상황에 빠지게 되는 것이다. 따라서 이런 여러 문제점을 해결하기 위해서는 비인도적 범죄에 대하여 국내법에서 공소시효를 배제하는 것이 타당할 것이다<sup>34)</sup>.

#### 마. 국제조약의 통상적 의미에 따른 해석문제

로마조약은 로마조약 그 자체 외에도 조약의 당사국 총회<sup>35)</sup>가 채택할 “범죄

34) 현재 로마조약의 대상이 되는 비인도적 범죄뿐 아니라 국가권력이 관련된 일정한 범주의 범죄(“반인권적 국가범죄”)에 대하여 공소시효를 배제하는 특별법을 제정하기 위한 인권단체들의 움직임이 활발하다. 이러한 운동에 기본적으로 찬성하는 입장에서 생각해 본다면, 또 다른 특별법을 제정하기 보다는 로마조약의 비준과 함께 어차피 제정해야 하는, 비인도적 범죄를 처벌하는 법률에 공소시효 배제에 관한 특별규정을 두는 방식 또는 형사소송법을 개정하는 방식 가운데 하나를 선택하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이와 함께 “헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법”(1995.12.21.공포 법률 제5028호) 가운데 필요한 내용은 새로 제정하는 법률 또는 형사소송법 개정법률에 반영하고 폐지하는 것이 바람직할 것이다. 이 법에 관하여는 조용환, ‘5.18 특별법과 전.노재판의 문제점’, 역사비평 1996년 봄호 (계간 32호), 72-74쪽 참조.

35) 로마조약의 당사국 총회는 국제형사재판소의 행정에 관한 운영상황을 감독하고 예산을 심의결정하는 등의 다양한 기능을 수행하기 위하여 당사국의 대표 1인씩으로 구성되며, 1년에 한번 정기적으로 모임을 갖고 필요한 경우 특별회의를 열 수 있고, 실질문제에 관

구성요건(Elements of Crime)<sup>36)</sup> 및 “절차및증거규칙(Rules of Procedure and Evidence)”<sup>37)</sup>을 통하여 로마조약의 내용을 보완하게 하면서 일정한 효력을 부과하고 있다. 따라서 범죄구성요건과 절차및증거규칙은 형식상으로는 로마조약의 일부가 아니지만, 범죄 구성요건의 해석 및 수사와 재판 절차에 관하여 사실상 로마조약과 같은 효력을 가지게 될 것이다.

이에 근거하여 로마조약은 국제형사재판소가 적용할 준거법을 다음과 같이 열거하고 있다(제21조).

- ① 로마조약, 범죄구성요건과 절차및증거규칙;
- ② 무력충돌에 관한 국제법의 확립된 원칙을 포함하여 적용가능한 조약과 국제법의 원칙 및 규칙;
- ③ 이들을 적용할 수 없을 때, 범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사하는 국가의 국내법을 포함한 세계의 법체계의 국내법들로부터 재판소가 도출한 법의 일반원칙으로서 로마조약, 국제법 및 국제적으로 승인된 규범 및 기준과 양립하는 것<sup>38)</sup>.

하여는 당사국 과반수 이상의 투표와 투표한 당사국 3분의 2이상의 찬성으로 의결하며, 절차문제에 관하여는 출석하여 투표한 당사국의 단순 다수결에 의하여 의결한다. 로마조약 제112조 참조.

36) 범죄구성요건은 로마조약 제6조(집단살해죄), 제7조(반인도적 범죄), 제8조(전쟁범죄)를 해석하고 적용하는 데 도움을 주기 위한 것으로 당사국 총회 구성원의 3분의 2의 다수결에 의하여 채택되며, 로마조약의 내용과 합치해야 한다. 로마조약 제9조 참조.

37) “범죄구성요건”은 로마조약 제6조(집단살해죄), 제7조(반인도적 범죄), 제8조(전쟁범죄)를 해석하고 적용하는 데 도움을 주기 위하여 당사국 총회가 채택하는 것이고, “절차 및 증거규칙”은 이름 그대로 국제형사재판소의 수사 및 재판절차와 증거의 조사 등의 방법과 절차에 관하여 당사국 총회가 채택하는 것이다. 이들은 각각 당사국 총회 구성원의 3분의 2의 다수결에 의하여 채택되며, 로마조약의 내용과 합치해야 하고 로마조약과 저촉될 경우 로마조약이 우선한다. 로마조약 제9조, 제51조 참조. 로마조약을 채택한 유엔의 교회의 Final Act는 결의(resolution) F에서 국제형사재판소준비위원회(The Preparatory Commission for the Establishment of an International Criminal Court)를 설치한 다음 준비위원회가 “절차 및 증거규칙”, “범죄구성요건”, “재판소와 유엔사이의 관계협정”, “재판소와 재판소 소재지국이 협의할 본부협정의 기본원칙”, “재정규칙”, “재판소의 특권과 면제에 관한 협정”, “첫해의 예산”, “당사국 총회의 절차규칙” 초안을 작성하게 하였다. 이에 따라 준비위원회는 “절차 및 증거규칙”과 “범죄구성요건”을 비롯한 문서들의 초안을 작성하였고 이들은 앞으로 소집될 당사국 총회에서 채택되게 된다. 이 문서 초안들은 유엔의 국제형사재판소 웹사이트(<http://www.un.org/law/icc/statute/>)에서 볼 수 있다. 범죄구성요건 초안의 문서번호는 UN Doc. PCNICC/2000/1/add.2, 2 November 2000; 절차및 증거규칙 초안의 문서번호는 UN Doc. PCNICC/2000/1/add.1, 2 November 2000이다.



그런데 비인도적 범죄를 처벌하는 국내법을 제정하여 집행하게 되면, 수사기관과 법원 등 우리나라의 국가기관으로서 국내법에 따라 직무를 수행하게 되기 때문에 실무상 편리한 점이 많을 것이며, 공무원과 일반 국민들에 대한 교육에도 유리할 것이다. 하지만, 이 법은 어디까지나 로마조약을 비롯한 국제조약과 국제관습법에 기반을 두고 제정된 것이며, 그러한 국제법에 따라서 해석·적용되어야만 그 본래의 기능을 수행할 수 있음에도 불구하고 외형상 국내법의 형식을 가지고 있기 때문에 이 법을 해석·적용하는 국내의 수사기관과 법원이 그 기초가 된 국제조약과 국제관습법에 따르는 대신 자신만의 독자적인 견해를 채택하여 국제사회에서 인정되는 통상적 의미(ordinary meaning)와 동떨어진 방향으로 나아갈 가능성을 배제할 수 없다.

그러므로 법원을 비롯하여 법의 집행에 관여하는 수사기관과 행정기관들이 범죄 구성요건은 물론 형법의 일반원칙(로마조약 제22조 내지 제33조), 피의자와 피고인의 권리 등 실제적인 면은 물론 국제형사재판소에 대한 협력의 절차적인 측면에서도 로마조약은 물론 관련된 국제관습법과 국제조약, 그리고 그에 대한 국제형사재판소 및 국제사회에서 적용되는 통상적인 의미에 따라<sup>39)</sup> 해석·적용하도록 보장하기 위한 제도적 장치를 마련할 필요가 있다<sup>40)</sup>.

38) 본문에서 열거한 준거법외에 국제형사재판소는 재판소의 판결선례에서 해석된 법의 원칙과 규칙을 적용할 수 있다(로마조약 제21조 제2항). 다만, 법의 적용과 해석은 국제적으로 승인된 인권과 양립하여야 하며, 제7조 제3항에서 정의된 성("사회의 환경에서 남성과 여성이라는 두 가지 성"), 연령, 인종, 피부색, 언어, 종교 또는 신념, 정치적 또는 기타 의견, 민족적, 종족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타 지위와 같은 사유에 근거를 둔 어떠한 불리한 차별도 없어야 한다(제21조 제3항).

39) 조약법에관한비엔나협약 제31조 1항, "조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석하여야 한다."

40) 예컨대, 남아프리카 공화국 헌법 제39조는 법원이 기본권 조항을 해석할 때 인간의 존엄성, 평등, 자유에 기초를 둔 열린 민주 사회를 지지하는 가치들을 향상시켜야 하며(must promote the values), 국제법을 반드시 고려해야 하고, 외국법을 고려할 수 있다고 규정하고 제233조는 "법률을 해석할 때 법원은 국제법에 위반되는 해석보다는 국제법과 일치하는 합리적인 해석을 선택해야 한다"고 규정하고 있다.

#### 4. 국제형사재판소의 수사와 재판에 대한 협력의무 이행

##### 가. 기본원칙

##### (1) 개관

로마조약이 선언하고 있듯이 국제공동체 전체가 관심을 가지는 중대한 범죄에 대한 처벌은 국가적 수준의 조치와 국제협력을 제고함으로써 이루어질 수 있다(전문)<sup>41)</sup>. 따라서 당사국은 비인도적 범죄를 처벌하는 국내법과 제도를 정비하는 동시에 국제형사재판소의 수사와 재판에 협력할 수 있는 제도를 정비함으로써 그 의무를 이행하게 되는데, 국내 수준의 조치에 관하여는 앞에서 본 바와 같고 여기서는 국제형사재판소와 협력하는 문제에 관하여 살펴본다.

##### (2) 최대한의 협력의무

당사국은 로마조약에 따라 국제형사재판소가 관할권을 가지는 범죄의 수사 및 기소에 관하여 재판소에 최대한으로 협력(cooperate fully)해야 하며(제86조) 로마조약에 따른 협력의무를 이행하기 위하여 "국내법상 이용가능한 절차"를 확보해야 한다(제88조). 따라서 로마조약의 이행에 관한 법률은 국제형사재판소에 대한 협력을 최대한으로 보장하기 위한 절차와 방법을 마련해야 하는데, 국제형사재판소의 수사 및 기소, 재판 및 형집행의 단계별로 다양한 방안이 제안될 수 있겠지만, 우선 그 내용의 면에서 로마조약에 규정된 내용을 빠짐없이 충실히 이행할 수 있게 해야 하는 동시에 재판소가 요청하는 협력을 가장 신속하고 또한 절차의 면에서도 최대한 간소한 방법으로 이행할 수 있는 제도를 마련해야 할 것이다<sup>42)</sup>. 예컨대, 국내의 관할 당국이 로마조약에 따라 응할 의

41) 이 문제에 관하여 U.N. Declaration on the Principles of International Co-operation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity, U.N. G.A. Res. 3074 (XXVIII) of 3 December 1973은 전쟁범죄와 비인도적 범죄의 수사 및 처벌을 위한 협력의무를 열거하고 있다. 또 유엔 총회 결의 2840호(U.N. G.A. Res. 2840 (XXVI) of 18 December 1971)은 이 문제에 관한 협력의 거부하는 유엔 헌장과 일반적으로 승인된 국제법규에 위반한다고 선언하고 있다.

42) Rights & Democracy와 The International Center for Criminal Law Reform and Criminal

무가 있는 국제형사재판소의 협조요청을 받는 경우, 그 요청에 대한 심사는 형식적인 심사에 그쳐야 하며, 실질적인 내용에 대한 심사를 하지 않도록 명백히 규정하는 것이 필요하다<sup>43)</sup>.

국제형사재판소에 대한 협력은 기존의 국제형사사법공조법에 따라 외국에 대한 형사사법공조의 절차와 방법에 따르면 된다고 생각할 여지도 있다. 그러나 국제형사사법공조법은 수사기관과 재판소의 구성과 운영에 우리나라가 아무런 영향을 미치지 못하는 외국에 대하여 제공하는 협력의 내용 및 절차와 방법을 규정하고 있는 반면, 로마조약은 국제사회의 공통된 관심사인 중대한 비인도적 범죄의 처벌과 예방을 위하여 우리나라 스스로 그 조약의 성립과정에 참여하였고 재판소의 구성과 운영에 관하여도 참여할 기회가 보장되는 국제형사재판소에 대한 협력을 규정하고 있다는 점에서 외국에 대한 형사사법공조와는 성격을 달리하는 것이다. 따라서 국제형사사법공조법에 따른 복잡한 절차를 원용하는 대신에 로마조약의 이행에 관한 법률에 더욱 간이하고 신속한 협력절차와 방법을 규정하는 것이 바람직하다.

### (3) 대한민국 영역안의 수사와 재판 허용

국제형사재판소는 자신의 관할권을 행사하기 위한 고유한 영역을 가지고 있는 것이 아니라 로마조약 당사국의 영역에서 발생한 범죄 혹은 당사국의 국민이 저지른 범죄에 대하여 관할권을 행사하게 되므로 그 기능을 원활하게 수행하기 위해서는 당사국의 영역안에서 수사 및 재판을 하지 않으면 안된다.

로마조약은 국제형사재판소가 “모든 당사국의 영역에서 . . . 그 기능과 권한을 행사할 수 있다”고 규정하고(제4조 제2항), 검사에게도 일정한 절차를 거쳐 강제조치를 수반하지 않는 활동을 당사국의 영역에서 직접 할 수 있도록 하고

Justice Policy가 발간한 자료, International Criminal Court Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute (May 2000)은 로마조약의 조문별로 당사국의 의무와 그 이행방안을 상세하게 설명하고 있다.

43) 로마조약 제59조 제4항은 국제형사재판소가 체포영장을 발부한 경우 당사국은 체포영장이 로마조약 제58조 제1항의 체포영장 발부요건을 충족하여 발부되었는지에 관하여 심사할 수 없다고 규정하고 있다. 그러나 이와 같은 당사국의 실질적 심사배제의 원칙은 체포영장의 경우에 대해서 뿐 아니라 사안의 본질에 반하지 않는 한 그밖의 협조요청에도 원칙적으로 적용하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

있다(제99조 제4항). 따라서 로마조약을 이행하기 위한 국내법은 국제형사재판소 자신이나 검사가 국내에서 활동하고자 할 경우 이를 허락할 권한 및 그 절차에 관하여 구체적인 규정을 둘 필요가 있다.

### (4) 협의의무

국제형사재판소로부터 협력을 요청받은 당사국은 “국내법에 정한 관련절차에 따라, 그리고 그 법이 금지하지 아니한 경우”<sup>44)</sup> 지원요청서에 기재한 절차와 방식에 따라 협력할 의무가 있다. 하지만, 경우에 따라 요청받은 대로 협력하는 것을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 문제점이 발생하거나<sup>45)</sup> 혹은 지원요청을 이행하는 과정에서 문제점이 발견되는 경우<sup>46)</sup>도 있을 수 있는데, 이때 당사국으로서 그러한 이유를 들어 협력을 거부해서는 안되며 일단 국제형사재판소와 그 문제점을 해결하기 위하여 협의를 해야 할 의무가 있다(로마조약 제97조).

그리고 그 “협의”는 두 말할 필요도 없이 성실하게 하여야 한다. 그 과정에서 지원요청을 이행할 수 있는 다른 방안을 찾아내거나 지원요청을 이행함으

44) 로마조약 제99조 제1항. 그러나 로마조약 제99조 제1항이 “국내법에 정한 관련절차에 따라, 그리고 그 법이 금지하지 아니한 경우”에 지원요청을 이행해야 한다고 규정하고 있다고 해서, 지원요청의 이행을 금지하는 내용으로 국내법의 내용을 정할 수 있다고 해석해서는 안된다. 로마조약의 기본전제가 비인도적 범죄를 처벌하는 데 필요한 “국제협력”을 확보하는 것이기도 할 뿐 아니라 로마조약 제86조는 당사국에 대하여 “재판소에 최대한으로 협조”할 의무를 부과하고 있고 제88조는 당사국은 로마조약에 정한 “모든 형태의 협력을 위하여 자국의 국내법상 이용가능한 절차를 확보”해야 한다고 규정하고 있으므로, 국내법은 어디까지나 국제형사재판소의 지원요청을 성실하고 신속하게 이행하는 내용으로 제정해야 한다. 참고로 조약법에관한비엔나협약은 “유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다”(제26조), 그리고 “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다”(제27조) 규정하고 있다.

45) 예컨대, 첫째, 그 요청을 실행하는 데 필요한 정보가 충분하지 않거나, 둘째, 인도요청의 경우 최선의 노력을 하였지만 요청된 사람의 소재를 파악할 수 없다는 사실 또는 수사 결과 피요청 국내에 있는 사람이 영장에서 특정된 자가 아님이 판정된 사실, 셋째, 요청의 이행으로 말미암아 피요청국이 다른 국가에 대하여 이전부터 부담하는 조약상의 의무 위반을 초래한다는 사실 등을 들 수 있다. 로마조약 제97조 세 번째 경우는 인도청구 또는 지원요청으로 인하여 피청구국이 기존에 부담하고 있는 국제법상의 의무를 위반하게 될 경우 국제형사재판소가 그러한 인도청구 또는 지원요청을 진행하지 않는다는 로마조약 제98조와 관련된 것이다.

46) 로마조약 제99조 제4항 (b).

로서 생길 수 있는 문제점을 해결하기 위한 조건을 붙이는 등의 방법을 찾아 낼 수도 있기 때문이다<sup>47)</sup>.

## 나. 협력을 위한 제도의 기본 구조

### (1) 통보 및 협력의 창구와 절차

국제형사재판소와 당사국의 협력은 먼저 국제형사재판소의 요청으로부터 시작되므로 그 요청을 받아 관련된 기관에 이를 전달하고 또한 관할 기관에 의한 의사결정이나 협력의 이행상황을 국제형사재판소에 통지할 창구가 필요하다.

통상적으로는 외교경로가 되겠지만, 당사국은 따라 적절한 통로를 지정할 수 있으므로(로마조약 제87조 제1항 (a)), 국내법은 재판소의 협력 요청을 가장 신속하고 효율적으로 처리할 수 있는 창구를 지정하는 것이 바람직하며, 그것이 통상적인 외교경로가 아닌 경우에는 로마조약 비준시에 이를 밝혀야 한다<sup>48)</sup>. 그리고 법률에는 국제형사재판소의 협조요청의 종류에 따라 그 이행의무를 부담하여 필요한 결정을 할 권한을 가지는 기관을 구체적으로 특정함으로써 예측가능성을 높여 혼란과 시간소모의 가능성을 최대한 줄이는 것이 바람직하다.

47) 예컨대, 국가안보와 관련된 정보의 경우 국가는 이를 보호하기 위하여 절차에 개입할 수 있는데, 이 경우 그 국가는 “협조적인 방식으로 문제의 해결을 모색하기 위하여 모든 합리적인 조치를 취”할 의무가 있으며, 그러한 합리적인 조치는 예컨대, 그 정보공개 청구의 수정 또는 명료화, 그 정보나 증거가 그 사건에 관련된 것인지에 관한 재검토와 결정, 그 정보를 다른 출처로부터 얻을 수 있는지에 대한 결정, (국가안보를 해치지 않고) 정보나 증거를 제공할 수 있는 조건에 관한 합의 등을 들 수 있다. 로마조약 제72조 제5항 참조.

48) 국제형사재판소의 당사국에 대한 협조요청은 따로 지정한 경로가 있을 경우 그에 의하고 그 지정이 없을 경우에는 외교경로(diplomatic channel)에 의한다. 다만, 이와 별도로 국제형사경찰기구(International Criminal Police Organization) 또는 적절한 지역기구(regional organization)를 통하여 협조요청을 전달할 수 있다. 협조요청 및 그 요청을 증명하는 문서는 피요청국의 공식언어로 하거나 피요청국의 공식언어의 번역문을 첨부하거나 재판소의 실무언어 중 하나로 작성되게 되는데 이는 피요청국이 로마조약 비준시에 선택하는 바에 따른다(로마조약 제87조 제1항, 제2항). 재판소의 실무언어는 영어와 프랑스어를 원칙으로 한다(로마조약 제50조 제2항).

### (2) 문서의 비공개 의무

국제형사재판소의 협조요청 및 이를 증명하는 문서는 그 요청을 이행하기 위하여 필요하지 않는 한, 공개해서는 안되므로(로마조약 제87조 3항) 비공개 의무를 규정하고, 협조요청의 이행을 위하여 공개가 필요한지 여부를 판단할 권한을 누가 가지며 어떤 절차를 통해 결정을 할 수 있는지를 정해야 한다.

### (3) 국제형사재판소의 활동과 관련된 협력

#### (가) 재판소의 특권과 면제

국제형사재판소는 당사국의 영역에서 그 목적 달성을 위해 필요한 특권과 면제를 누린다(제48조 제1항). 재판소의 판사, 검사, 검사보 및 사무총장은 재판소의 업무 또는 이와 관련된 직무를 수행하는 경우 외교사절의 장에게 부여되는 것과 동일한 특권과 면제<sup>49)</sup>를 누리며 임기만료 후에도 그들이 공적 자격에서 한 구두 또는 서면의 진술과 행위에 대하여 모든 법적 절차로부터 면제를 부여받는다(제48조 제2항). 한편 그밖의 재판소 직원들과 변호인, 전문가 증인 또는 재판소에 출석해야 하는 다른 사람은 재판소의 특권과 면제에 관한 협정에 따라 기능수행에 필요한 대우를 받는다(제48조 제3항, 제4항). 이와 같은 특권과 면제는 기본적으로 재판소의 기능수행을 위하여 인정되는 것이므로 재판소가 포기할 수 있다(제48조 제5항).

재판소 및 판사와 검사, 사무총장, 직원 및 관련자들에게 인정되는 특권과 면제는 외교관계에관한비엔나협약 및 앞으로 체결될 재판소의 특권과 면제에 관한 협약(이하 “특권면제협약”)<sup>50)</sup>에 의하여 결정될 것이다. 따라서 우리나라

49) 외교사절의 특권면제는 외교사절단의 특권면제와 외교관의 특권면제로 나누어지는데 외교사절단의 특권면제는 사절단 공관의 불가침, 공문서와 서류의 불가침, 이동 및 여행의 자유, 통신의 자유 및 공용통신과 외교봉인대의 불가침, 국기 및 국장을 사용할 권리, 시설취득 및 임무수행의 편의를 접수국으로부터 받을 권리, 공관에 대한 과세면제이며, 외교관의 특권면제는 신체와 주거의 불가침, 형사재판권으로부터의 면제, 사회보장 및 과세 등의 면제 등을 들 수 있다. 상세한 것은 외교관계에관한비엔나협약 및 李漢基, 新稿 國際法講義, 博英社(1996), 536-549쪽 참조.

50) 국제형사재판소 준비위원회는 재판소의 특권과 면제에 관한 협약 초안(Draft Agreement on the Privileges and Immunities of the Court)를 작성해 놓았고 이는 앞으로 당사국 총회에 제출되어 채택될 예정이다. UN Doc. PCNICC/2001/1/Add.3,

는 로마조약 외에 재판소의 특권면제협약을 함께 비준해야 하며, 여기에서 더 나아가 관련 국내법에 재판소의 특권과 면제에 관한 입법조치를 할 필요가 있는지에 관하여는 특권면제협약 초안의 내용 및 다른 나라의 입법례 등에 대한 면밀한 검토를 거쳐 결정해야 할 것이다.

#### (나) 판사 또는 검사후보로 지명할 후보자의 선정 문제

국제형사재판소에는 18명의 판사와 1명의 검사를 두는데, 이들은 당사국이 추천한 후보자들 가운데 당사국 총회에서 비밀투표로 선출된다. 판사는 각 국가에서 최고사법직에 임명되기 위한 자격이 있고 높은 도덕성, 공정성 및 성실성을 가진 사람으로서 형법과 형사절차에 대한 능력과 판사, 검사, 변호사 또는 이와 유사한 다른 자격으로서 형사소송에서 필요한 경력을 가지고 있거나 국제인도법 및 인권법 등 국제법의 관련분야에서 뛰어난 능력과 재판소의 사법업무와 관련된 전문적인 법적 지위의 풍부한 경험을 가지고 있어야 하며(제36조 제3항), 검사는 높은 도덕성을 가지고 형사사건의 기소와 재판에 고도의 능력과 풍부한 실무경력을 가진 사람이어야 한다(제42조 제3항)<sup>51)</sup>.

한국이 로마조약을 비준하면 당사국으로서 판사와 검사의 후보자를 추천하게 되는데, 이를 당국의 자의적인 판단에 맡겨 두기보다는 앞에서 본 바와 같이 국제형사재판소의 판사 또는 검사로서 충분한 자격을 갖춘 사람을 추천할 수 있도록 법조계 및 학계와 시민사회의 추천 및 협의를 거치도록 법률에 규정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

#### 다. 국제형사재판소의 수사와 관련된 협력의무

국제형사재판소에 대한 당사국의 협력의무는 비인도적 범죄에 대한 검사의 수사에 대한 협력으로부터 시작하여 재판과 형집행에 대한 협력으로 이어진다. 먼저 수사와 관련된 협력의무를 이행하기 위하여 국내법에 규정해야 할 사항을 살펴보면 다음과 같다.

[http://www.un.org/law/icc/statute/otherdocs/other\\_main.htm](http://www.un.org/law/icc/statute/otherdocs/other_main.htm) 참조.

51) 또한 판사와 검사는 재판소의 실무언어 중 최소한 하나 이상에 대하여 탁월한 지식을 가지고 유창하게 구사할 수 있어야 한다.

#### (1) 일반적인 절차적 의무

(가) 검사의 수사 통보에 대한 관할권 행사여부 판단 및 통지 (로마조약 제18조)  
국제형사재판소의 보충성 원칙으로 인하여 재판소의 관할에 속하는 범죄가 발생하였다 하여도 특정 국가가 관할권을 행사하면 재판소의 관할권은 당연히 배제된다. 따라서 국제형사재판소 검사는 특정한 범죄에 대하여 수사를 개시할 사정이 있는 경우<sup>52)</sup> 모든 당사국과 문제된 범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사할 국가들에게 그 사실을 통보해야 한다.

이 통보를 받은 국가는 1개월 안에 자국의 관할권안에 있는 자국민 또는 관련자를 수사하고 있거나 수사하였다는 사실을 통지할 수 있으며, 그 국가가 요청하는 경우 검사는 전심재판부의 수사허가를 받지 않는 한 문제된 범죄에 대한 수사를 그 국가에 양보한다. 검사에 이 규정에 따라 수사를 양보한 경우 그 국가는 검사의 요청에 따라 검사에게 수사 및 기소의 진행상황을 정기적으로 통지해야 한다(제19조 제11항).

우리나라가 검사로부터 비인도적 범죄에 대한 관할권 행사여부에 관하여 통보를 받은 경우 회답을 해야 하는 1개월은 결코 긴 시간이 아니다. 따라서 국제형사재판소의 협조요청을 받도록 지정된 경로(제87조 제1항)로부터 예컨대 검찰총장과 같이 우리나라의 관할권 행사여부를 조사하여 최종적으로 판단할 수 있는 책임자에게 그 통보를 지체없이 전달하고, 이를 전달받은 책임자는 신

52) 국제형사재판소가 비인도적 범죄에 대하여 관할권을 행사하는 절차로는 첫째, 재판소의 관할에 속하는 범죄를 당사국이 검사에게 회부한 경우, 둘째, 안전보장이사회가 국제연합 헌장 제7장에 따라 검사에게 회부한 경우, 셋째, 검사 스스로 수사를 개시하는 경우가 있다. 검사는 정보를 분석하여 수사를 진행할 만한 합리적인 근거가 있다고 판단하면 증거자료와 함께 전심재판부(Pre-Trial Chamber)에 수사허가요청서를 제출하여 허가를 얻어야 한다. 전심재판부는 그 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가가 그 사건을 수사하고 있거나 기소한 경우, 그 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가가 그 사건을 수사하여 관련자를 기소하지 않기로 결정한 경우, 관련자가 문제된 행위에 대하여 이미 재판을 받은 경우, 또는 사건이 재판소에 의한 재판을 정당화할 만큼 충분히 중대하지 않은 경우에는 그 사건에 대하여 재판적격성(admissibility)가 없다고 결정한다. 다만, 수사 또는 기소 중인 국가가 진정으로 수사나 기소를 할 의사나 능력이 없는 경우, 기소하지 않기로 한 결정이 그 국가의 진정한 기소의사의 부재 또는 무능력에 의한 경우, 그 국가의 재판이 문제된 범죄에 대한 형사책임으로부터 관련자를 보호할 목적으로 이루어졌거나 재판이 국제법상 적법절차의 규범에 따른 독립성과 공정성을 갖추지 않은 경우 등에는 예외적으로 재판적격성을 인정할 수 있다. 로마조약 제13조, 제14조 제17조, 제20조 참조.

속하에 필요한 조사를 하여 그 사실을 통지하도록 국내법에 절차와 방법을 규정할 필요가 있다. 또 우리나라가 수사 또는 기소를 하는 중이어서 국제형사재판소 검사에게 양보를 요청한 경우 검사의 요청에 따라 그 진행경과를 정기적으로 통지할 의무도 규정하는 것이 바람직하다.

(나) 피의자 등에 대한 국제형사재판소의 송달에 대한 협력의무 (로마조약 제58조 7항; 제93조 제1항 (d))

국제형사재판소는 필요한 경우 범죄혐의를 받는 사람에게 출석 소환장을 발부할 수 있고 이 소환장은 당사자에게 송달되어야 한다. 그밖에도 범죄의 피해자나 증인 등에 대하여 절차및증거규칙에 따라 재판소에 출석하도록 소환하거나 관련자들에게 재판서류를 송달할 필요가 있는데, 이 경우 당사국의 가장 기본적인 의무는 소환장 또는 문서의 송달을 보장하는 것이다. 따라서 로마조약 이행법률은 재판소의 소환장 등 문서의 신속하게 정확한 송달을 위한 절차와 방법을 규정하는 것이 필요하다.

(다) 협력과정의 통상적 비용 부담 (로마조약 제100조 제1항)

당사국은 국제형사재판소의 협력요청을 이행하는 과정에서 필요한 통상적인 비용(ordinary costs)을 부담할 의무가 있다<sup>53)</sup>.

(2) 증거수집 등에 대한 협력의무

(가) 검사의 직접 조사에 대한 협력

앞에서 본 바와 같이 검사는 강제조치를 수반하지 않는 경우에 당사국과 협

53) 범죄인인도법 제46조는 범죄인인도를 청구한 국가와 특별한 약정이 없는 경우에는 “범죄인을 인도할 때까지 . . . 대한민국의 영역안에서 발생하는 비용은 대한민국이 이를 부담하며, 청구국의 공무원이 범죄인을 . . . 인도받은 후에 발생하는 비용은 청구국이 이를 부담”하게 하고 있다. 로마조약 제100조 제1항은 재판소가 부담하는 비용으로 ① 증인 및 전문가의 여행 및 안전에 관련된 비용 또는 구금 중에 있는 사람의 일시적 이전과 관련된 비용; ② 번역비, 통역비 및 복사비; ③ 법관, 검사, 검사보, 서기, 부서기 및 재판소 기관의 직원의 여비와 수당; ④ 재판소가 요청한 전문가의 의견이나 보고서의 비용; ⑤ 구금국이 재판소로 인도하는 사람의 이송에 관련된 비용; ⑥ 협의를 한 경우, 요청의 이행으로부터 발생할 수 있는 특별비용 등을 열거하고 있다.

의를 거쳐 필요하다면 당사국 당국이 입회하지 않은 가운데 자유의사에 따른 면담과 증거수집, 공개된 사건현장 또는 공공장소에 대한 무제한의 조사 등 필요한 조사를 직접 수행할 수 있다(로마조약 제99조 제4항). 따라서 우리나라는 검사의 요청이 있을 경우 검사의 증거수집활동이 정상적으로 이루어질 수 있도록 성실하게 협의해야 하며, 필요한 협조를 제공하도록 그 협의창구를 지정하고 협력을 제공하는 방법과 절차를 법률에 규정할 필요가 있다.

(나) 증거수집 등에 대한 일반적 협력

당사국은 로마조약의 규정 및 당사국의 국내법에 정한 절차에 따라 아래에 열거한 바와 같은 구체적인 지원의 제공 요청 및 범죄의 수사과 기소를 용이하게 하기 위하여 피요청국의 법률에 의하여 금지되지 아니한 일반적 지원요청에 응하여야 한다(로마조약 제93조 제1항 (l))<sup>54)</sup>. 따라서 로마조약의 이행법률은 이러한 지원제공 요청이 로마조약의 규정에 따라 확인되고<sup>55)</sup> 또한 필요한 자료를 갖추었는지를 확인한 다음<sup>56)</sup> 적절한 지원을 신속하고 정확하게 제공할 수 있도록 필요한 절차와 방법을 규정해야 한다.

- ① 사람의 신원 및 소재지와 물품의 소재지 확인
- ② 선서증언 등 증거의 수집과 전문가의 의견 및 보고서 등의 증거제출<sup>57)</sup>
- ③ 피의자 또는 피고인에 대한 신문

54) 예컨대, 통신비밀보호법에 의한 통신제한조치와 그에 따른 증거의 제공 등을 들 수 있다.

55) 지원요청은 서면으로 하되, 로마조약 비준시에 당사국이 지정한 경로를 통하여 확인되어야 한다. 로마조약 제96조 제1항.

56) 지원요청은 요청의 법적 기초(legal basis) 및 근거(grounds)를 포함하여 요청의 목적과 지원에 대한 간결한 설명; 요청되는 지원을 제공하기 위하여 발견되거나 확인되어야 할 사람이나 장소의 소재 또는 신원에 관한 상세한 정보; 요청의 기초를 이루는 필수적인 사실에 관한 간결한 설명; 앞으로 이루어질 절차와 요건에 대한 이유와 설명; 그 요청을 이행하기 위하여 피요청국의 법에 따라 요구되는 정보; 지원을 제공하기 위하여 필요한 관련된 정보 등을 포함하거나 이를 통하여 증명해야 한다. 로마조약 제96조 제2항.

57) 이 문제에 관하여는 원칙적으로 형사소송법의 규정에 따라 진행하되, 절차의 성격상 필요한 보완조치를 해야 할 것으로 보인다. 예컨대, 국제형사재판소에 대한 협력문제를 전담하는 관할 법원이 증인 또는 감정증인(전문가)에 대하여 소환장 또는 구인장을 발부하여 증인신문을 하고 그 조서를 작성하여 제공하거나 필요한 문서 등에 대하여는 임의제출을 받거나 압수수색 영장을 발부하여 그 원본 또는 사본을 제공하는 방식이 가능할 것이며 여기에 피의자의 방어권을 보장하기 위한 절차적 방안을 마련하는 것이 필요할 것이다.

- ④ 증인 또는 전문가 등의 자발적 재판소 출석에 대한 협력<sup>58)</sup>
- ⑤ 구금중인 사람의 일시적 이전<sup>59)</sup>
- ⑥ 모지 발굴과 조사를 포함한 장소나 사건현장의 조사<sup>60)</sup>
- ⑦ 수색 및 압수의 집행
- ⑧ 공적 기록과 공문서를 포함한 기록과 문서의 제공
- ⑨ 피해자 및 증인의 보호<sup>61)</sup>와 증거보전<sup>62)</sup>
- ⑩ 몰수 대상 재산과 수익, 자산 및 범행도구의 추적, 확인, 동결 및 압수<sup>63)</sup>

58) 이 협력의 내용과 방법에 관하여는 연구가 필요하다. 증인 및 전문가의 여행 및 안전에 관한 비용은 재판소가 부담하는 것이 원칙이므로(로마조약 제100조 제1항 (a)) 당사국으로서 그 비용의 지급 또는 대납에 관한 협력, 여권의 발급 및 출입국절차의 편의제공 등을 생각할 수 있다.

59) 재판소는 신원확인 또는 증언이나 그밖의 지원을 위하여 구금중인 사람의 일시적 이전을 요청할 수 있으며, 그 사람이 이전에 자유로이 동의하고, 피요청국과 재판소가 합의하는 조건에 따라 피요청국이 동의하는 경우 이전될 수 있다. 그리고 이렇게 이전된 사람은 이전의 목적이 달성된 경우 지체없이 피요청국으로 송환하는데 그 비용은 재판소가 부담한다(제93조 제7항, 제100조 제1항(a)). 따라서 구금중인 사람에 대하여 재판소의 일시적 이전 요청이 있을 경우 그 내용을 당사자에게 통보하여 자유의사에 따라 의사결정을 하게 하는 절차와 방법, 그리고 구금 중인 사람을 국제형사재판소로 일시적으로 이전하는 데 필요한 행정법상의 예외 인정 등의 조치가 필요하다.

60) 검사가 스스로 조사하는 방법, 법원의 압수수색 영장을 발부받아 조사하는 방법, 모지 등의 발굴 조사를 위하여 장사등에관한법률에 정한 절차에 예외를 인정하는 방안 등을 함께 모색할 필요가 있다.

61) 피해자와 증인의 보호에 관하여는 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조에 정한 증인에 대한 신변안전조치 및 특정범죄신고자등보호법 등에 의하여 제도가 마련되어 있는데, 로마조약의 절차및증거규칙의 내용에 비추어 미흡한 점이 있을 경우에는 이를 보완한 다음 로마조약 이행법률에 국제형사재판소에 대하여 협력을 제공할 수 있는 근거조항을 두는 방법으로 해결할 수 있을 것이다.

62) 예컨대, 로마조약 제94조에 의하면 국제형사재판소의 지원요청이 다른 사건에 대한 수사나 기소를 방해할 염려가 있어 그 지원요청의 이행을 연기할 수 있는데, 이때 국제형사재판소 검사는 로마조약 제93조 제1항에 따라 증거보전에 필요한 조치를 요구할 수 있다. 형사소송법 제184조에 의하면 검사, 변호인, 피의자 또는 피고인은 “미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때”에는 제1회 공판기일 전이라도 서면으로 그 사유를 소명하여 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다. 따라서 이 절차가 국제형사재판소의 수사에 협력하는 데에도 적용될 수 있어야 할 것이다.

63) 이점에 관하여는 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률과 특정금융거래정보의보고및이용등에관한법률에 의한 제도를 로마조약의 이행을 위하여도 이용할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

### (3) 신병확보를 위한 협력의무(로마조약 제19조 8항)

(가) 일반적인 범죄수사의 경우에 항상 적용되지만, 특히 국제형사재판소의 수사대상이 되는 비인도적 범죄의 경우에는 그 범죄의 중대성에 비추어 무거운 형이 선고될 가능성이 높을 뿐 아니라 그 범죄자가 일반적으로 권력에 의하여 비호를 받는 경우가 많을 것이기 때문에 범죄혐의자의 신병을 확보하는 문제가 매우 중요하다. 신병을 확보하기 위하여 당사국은 재판소가 발부한 체포영장에 따라 체포 및 인도를 요청하거나 긴급인도구속을 요청한 경우에는 물론, 그 이전 단계에서도 협력해야 한다.

(나) 검사가 재판소에 피의자에 대한 체포영장의 발부를 신청한 경우<sup>64)</sup> 검사는 재판소의 허가를 받아, 관련국과 협력하여 그 사람의 도주를 방지하기 위한 조치를 할 수 있다(로마조약 제19조 제8항 (c)). 당사국으로서 우리나라가 이 조항에 따라 어떤 조치를 할 수 있을지에 관하여는 면밀한 검토가 필요하지만, 그 혐의자의 신원과 소재지의 확인(로마조약 제93조 제1항 (a))외에 출입국관리법에 의한 출국금지 등을 생각할 수 있다.

### (다) 체포 및 인도 청구에 대한 협력<sup>65)</sup> (로마조약 제59조, 제89조)

① 재판소가 피의자에 대하여 긴급인도구속 또는 체포 및 인도를 요청한 경우 당사국은 로마조약 및 국내법에 정한 절차에 따라 체포 및 인도청구에 응해야 한다. 따라서 로마조약 이행법률은 로마조약의 내용에 따라 피의자에 대

64) 검사의 체포영장 신청에 대하여 전심재판부는 첫째, 그 사람이 재판부의 관할권에 속하는 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 합리적 근거가 있고, 둘째, 그 사람의 재판 출석을 보장하거나 그 사람이 수사 또는 재판절차를 방해하지 못하게 하거나 그 사람이 문제된 범죄 행위를 계속하는 것을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 체포영장을 발부할 수 있다. 체포영장에는 그 사람의 이름과 필요한 신원에 관한 정보, 체포사유인 범죄에 대한 구체적인 설명, 그리고 그 범죄를 구성하는 것으로 추정되는 사실에 대한 간략한 설명을 포함해야 하며, 재판소가 달리 명령할 때까지 계속 효력을 가진다. 체포영장이 발부되면 재판소는 그 대상자에 대한 체포 및 인도 또는 긴급인도구속을 요청할 수 있다. 로마조약 제58조 제1항 내지 제5항 참조.

65) 로마조약 제102조에 따라 재판소에 대한 “인도(surrender)”는 외국과의 범죄인도조약에 따른 “범죄인도(extradition)”와 다른 것이므로 후자를 규율하는 범죄인도법을 적용하지 않고 로마조약 이행법률에 별도의 규정을 두는 것이 바람직하다.

한 긴급인도구속과 체포 및 인도청구에 응할 수 있는 절차를 규정해야 한다. 이 절차는 범죄인인도법의 절차<sup>66)</sup>를 상당 부분 원용할 수 있을 것이지만, 앞에서 본 바와 같이 외국에 대한 범죄인인도와 국제형사재판소에 대한 인도는 법적 성격이 서로 다르기 때문에 그 절차 역시 다르게 규정해야 하는 부분이 있다<sup>67)</sup>.

② 국제형사재판소의 체포 및 인도청구는 전심재판부에 의하여 체포영장이 발부된 자, 즉 범죄혐의를 받아 수사대상이 되는 피의자에 대한 것과 유죄선고를 받은 사람에 대한 것으로 나누어진다. 먼저 피의자에 대한 체포 및 인도청구는 문서로 이루어지며 지정된 경로에 의하여 확인되어야 한다. 그리고 피청구자를 확인할 수 있을 정도로 충분히 그 사람에 대하여 설명한 정보 및 그 사람의 소재지에 대한 정보, 체포영장의 사본 및 피청구국의 인도절차 요건을

66) 범죄인인도법은 외국의 인도청구가 있는 범죄인의 인도구속과 인도절차를 형사소송법에 의한 피의자 구속절차와 유사하게 규정하고 있다. 외교통상부 장관은 외국의 인도청구가 있는 경우 관련 서류를 법무부장관에게 송부해야 하는데(제11조), 법무부장관은 범죄인인도법에 따라 범죄인을 인도할 수 없거나 인도하지 아니하는 것이 상당하다고 인정하지 않는 한 서울고등검찰청 검사장에게 서울고등법원에 인도심사청구를 하도록 명하여야 한다(제12조). 서울고등법원은 인도심사를 한 후 인도심사청구각하결정, 인도거절결정 또는 인도허가결정을 하게 된다(제14조, 제15조). 법무부장관의 인도심사청구명령이 있는 경우 검사는 법원에 인도구속영장의 발부를 청구하여 그에 따라 범죄인을 구속하게 되며(제19조) 범죄인은 인도구속적부심사를 청구할 수 있다(제22조). 법원의 인도허가결정이 있으면 법무부장관은 인도장을 발부하여 범죄인을 인도하도록 명하며 검사의 지휘에 의하여 인도된다(제34조 내지 제36조).

67) 예컨대, 범죄인인도법은 ① 대한민국 또는 범죄인인도 청구국이 법률에 의하여 인도범죄에 관한 공소시효 또는 형의 시효가 완성된 때, ② 인도범죄에 관한 사건으로 대한민국 법원에서 재판이 계속중이거나 확정재판이 있는 경우, ③ 범죄인이 인도범죄를 행하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 없는 경우, ④ 범죄인이 인종, 종교, 국적 또는 특정사회단체에 속함을 이유로 처벌되거나 기타 불이익한 처분을 받을 염려가 있다고 인정되는 경우를 절대적 인도거절사유로 규정하고 있고(제7조), ① 범죄인이 대한민국 국민인 경우, ② 인도범죄의 전부 또는 일부가 대한민국 영역안에서 행하여진 경우, ③ 범죄인이 인도범죄 외의 범죄에 관한 사건으로 대한민국 법원에 재판이 계속중인 경우 또는 형의 선고를 받고 그 집행을 종료하지 않은 경우, ④ 범죄인이 인도범죄에 관하여 제3국에서 재판을 받고 처벌되었거나 처벌받지 않기로 확정된 경우, ⑤ 인도범죄의 성격과 범죄인의 환경에 비추어 범죄인을 인도함이 비인도적이라고 인정되는 경우 등을 임의적 인도거절사유로 규정하고 있다(제9조). 그러나 절대적 인도거절사유 중 인도범죄에 관한 사건으로 대한민국 법원에서 재판이 계속중이거나 확정재판이 있는 경우에는 보충성의 원칙에 의하여 국제형사재판소의 관할권이 배제되므로 인도를 하지 않을 사유가 되겠지만 그밖의 경우에는 국제형사재판소에 대한 인도를 거절할 사유가 되지 아니할 것으로 보인다.

충족시키는 데 필요한 문서, 설명 또는 정보<sup>68)</sup>를 통해 증명해야 한다(로마조약 제9조 제2항). 유죄선고를 받은 사람에 대한 체포 및 인도청구는 그 사람에 대한 체포영장 사본, 유죄판결문 사본, 피청구자가 유죄판결을 받은 사람임을 나타내는 정보, 그리고 선고형량과 이미 복역한 기간 및 잔여형기에 대한 설명 등에 의하여 증명되어야 한다(로마조약 제9조 제3항).

③ 당사국은 국제형사재판소의 체포영장이 로마조약의 요건에 따라 적합하게 발부되었는지 여부를 심사할 권한이 없기 때문에(로마조약 제59조 제4항), 법원이 심사할 수 있는 것은 국제형사재판소로부터 체포 및 인도청구가 있었는지, 그리고 로마조약이 정한 자료에 의하여 증명이 되는지 등의 형식적 요건을 심사하는 데 그쳐야 한다.

④ 국제형사재판소의 인도청구에 따라 체포된 사람은 신속하게 관할 법원에 회부되어야 하며 법원은 국내법에 따라 첫째, 영장이 바로 체포된 사람에 대한 것인지 여부, 체포된 사람이 적법절차에 따라 체포되었는지 여부, 그리고 그의 권리가 존중되었는지 여부를 심사하여 결정한다(로마조약 제59조 제2항). 따라서 이행법률은 이 절차에 관하여 규정하여야 한다<sup>69)</sup>.

68) 이 요건은 피청구국과 다른 국가사이의 조약에 따른 범죄인인도청구에 적용하는 요건보다 더 번거로워서는 안되며, 가능한 한 국제형사재판소의 성격을 고려하여 덜 번거로워야 한다. 그런데 범죄인인도법은 외국의 범죄인인도청구를 접수하기 위하여 청구국이 대한민국에 송부해야 하는 자료를 정하지 않고 있다.

69) 로마조약 제59조 제2항은 “형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법과 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, . . .”라고 규정한 시민적및정치적권리에관한국제규약 제9조 제3항 본문의 규정에 따른 것이다. 형사소송법은 피의자에 대한 구속영장 발부의 경우 피의자와 그의 변호인 등의 신청이 있는 경우에만 피의자를 심문하며(제201조의 2, 제1항) 일단 구속된 후에는 구속적부심사를 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐(제214조의 2) 체포된 피의자에 대하여 당연히 판사에 의한 심사를 받도록 하고 있지 않다는 점에서 국제규약에 위반된다. 또 범죄인인도법은 인도구속영장은 검사의 청구에 의하여 판사가 발부하게 하고 있을 뿐, 인도구속영장 발부 여부를 결정하기 위하여 판사가 피청구자를 심사하는 절차를 두지 않고 있으며 일단 인도구속영장에 의하여 구속된 이후에 그 적부심사를 청구하게 하였는데(제19조, 제22조) 이러한 내용 역시 국제규약의 내용에 위반된다. 따라서 로마조약의 이행법률은 로마조약의 조문 및 국제규약의 내용에 맞게 체포된 자는 예외없이 판사에게 회부하여 구속여부를 결정하는 과정에서 심사를 받게 하여야 할 것이다. 형사소송법에 정한 임의적 피의자 심문제도에 관하여 인권이사회(Human Rights Committee)는 국제규약에 따라 제출된 한국 정부의 2차 보고서를 심사한 후 “오로지 피구금자가 요구하는 경우에만 구금에 관하여 법원의 심사를 받도록 하는 형사소송법은 국제규약 9조 3항에 반한다. 국제규약 제9조 제3항은 모든 형사 피구금자는 즉시 판사에게 회부되어야 한다고 규정하

⑤ 체포된 자는 인도되기 전까지 관할 당국, 즉 법원에 임시석방을 신청할 권리를 가진다. 다만, 임시석방 신청에 대하여 법원은 혐의를 받는 범죄의 중대함을 고려하여 임시석방을 정당화하는 긴급하고 예외적인 상황이 있는지, 그리고 그 사람을 재판소에 인도할 의무를 이행할 수 있도록 보장하는 안전장치가 있는지 여부를 고려해야 한다<sup>70)</sup>. 또 전심재판부는 임시석방 신청에 대하여 통보를 받아야 하며 구금국의 법원에 대하여 필요한 권고를 할 수 있는데, 법원은 임시석방신청에 대해 결정하기 전에 전심재판부가 한 권고를 충분히 고려해야 한다(shall give full consideration to such recommendations). 임시석방을 한 경우 당국은 전심재판부의 요청에 따라 석방된 사람의 상황에 관하여 정기적으로 보고해야 한다(로마조약 제59조 제3항 내지 제5항).

⑥ 인도청구된 사람은 또 로마조약 제20조에 정한 일사부재리의 원칙<sup>71)</sup>에 따라 국내 법원에 이의를 제기할 수 있다. 이때 법원은 재판적격성에 관한 결정이 있는지에 관하여 국제형사재판소와 즉시 협의하여야 하며, 재판소가 재판적격성이 있다고 결정한 경우 그 결정에 따라 피청구인을 인도해야 하며, 재판적격성에 관한 결정이 계속중인 경우에는 그 결정이 있을 때까지 인도청구의 이행을 연기할 수 있다(로마조약 제89조 제2항).

⑦ 또 당사국은 국내법에 따라 다른 국가에 의하여 재판소로 인도되는 사람이 당사국의 영역을 통하여 이송할 수 있도록 재판소가 통과청구서를 송부한 경우에는 당사국의 영역통과가 인도를 방해하거나 지연시키지 않는 한 통과를 허가하여야 한다(로마조약 제89조 제3항)<sup>72)</sup>.

⑧ 특정한 사람에 대하여 국제형사재판소와 다른 국가의 인도청구가 경합하

고 있다.” 라고 지적한 바 있다. UN Doc. CCPR/C/79/Add.114, 1 November 1999 참조.

70) 시민적및정치적권리에관한국제규약 제9조 제3항은 “. . . 재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, . . .”라고 하여 형사재판은 불구속을 원칙으로 해야 함을 선언하고 있다. 그러나 로마조약은 피의자의 구속을 원칙으로 하고 있는데, 이는 로마조약이 국제공동체의 관심대상이 되는 가장 중대하고 잔혹한 범죄의 혐의자에 대한 수사과 재판을 전제로 하고 있기 때문이다.

71) 누구도 재판소에 의하여 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방된 범죄의 기초를 구성하는 행위에 대하여 재판소에서 다시 재판을 받지 아니하며, 로마조약 제6조 내지 제8조에 해당하는 행위에 대하여 다른 법원에서 재판을 받은 어떠한 사람도 원칙적으로 재판소에 의하여 재판을 받지 아니한다. 로마조약 제20조 제1항, 제3항.

72) 범죄인인도법 제45조 제1항에 정한 통과호송 승인의 거부사유는 국제형사재판소의 통과청구에 대하여는 적용될 여지가 없다.

는 경우(로마조약 제90조), 인도를 청구하는 범죄의 기초가 동일한 행위인가 혹은 제3의 범죄행위인가에 따라, 인도 청구국이 로마조약의 당사국인가 혹은 비당사국인가, 피청구국이 청구국에 대하여 당사자를 인도할 현존하는 국제적 의무를 부담하고 있는가 여부에 따라 로마조약이 규정한 바에 따라 결정하되, 원칙적으로 재판소의 인도청구에 우선권을 주게 된다<sup>73)</sup>.

(라) 긴급인도구속(provisional arrest, 로마조약 제92조)

긴급인도구속은 로마조약 제91조에 정한 절차와 방법에 따라 체포 및 인도를 청구할 시간이 없는 긴급한 경우에 재판소가 당사국에 청구하는 것으로, 재판소가 발부한 체포영장 또는 유죄판결문이 없는 상황에서 긴급하게 임시로 하는 구속이다. 긴급인도구속 청구는 피청구자의 인적사항과 소재지를 확인할 수 있는 정보, 청구의 원인이 된 범죄혐의사실에 대한 설명, 피청구자에 대한 체포영장 또는 유죄판결문이 존재한다는 진술 및 그에 대한 인도청구가 추후에 있을 것이라는 진술과 함께 이루어진다. 그러나 재판소가 절차및증거규칙에 정한 시한<sup>74)</sup> 안에 인도청구서 및 증거서류를 접수하지 않으면 긴급인도구속된 사람은 석방될 수 있다.

(4) 국제형사재판소에 대한 사건의 회부 또는 수사의뢰

당사국은 국제형사재판소의 관할권에 속하는 범죄가 저질러졌다고 보이는 사태를 검사에게 회부할 수 있고 특정인이 그 범죄에 대하여 책임이 있는지 여

73) 로마조약 제98조 제2항은 “인도청구에 의하여 피청구국이 파견국의 사람을 재판소에 인도하기 위하여 그 파견국의 동의를 요하는 국제협정상의 의무와 양립하지 않게 행동하여야 하는 경우, 재판소는 그러한 인도청구를 진행하지 아니한다. 다만, 재판소가 먼저 인도를 위한 동의 부여를 위하여 그 파견국의 협조를 얻을 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하고 있다. 미국의 요구에 의하여 포함된 이 조항은 국제형사재판소의 관할로부터 해외에 주둔하는 미군의 범죄를 제외하려는 미국의 시도와 관련된 것이다. 이 조항을 근거로 미국은 한국을 비롯하여 미군이 주둔하는 국가들과 체결한 주둔군지위협정(SOFA)를 개정하여 예컨대 한국이 미군을 재판소에 인도하기 위해서는 미국의 동의를 요구하도록 할 것으로 보인다. 그러나 이는 국제형사재판소 제도의 본질을 침해하는 것으로 미국이 이러한 내용으로 SOFA협정의 개정을 요구할 경우 받아들여서는 안될 것이다. 이 점에 관하여는 Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford Univ. Press (2001), 284-286쪽 참조.

74) 절차및증거규칙 초안 제188조는 60일로 정하고 있다.



부를 결정하기 위해 검사에게 그 사태에 대한 수사를 요청할 수 있다(로마조약 제14조 제1항). 따라서 우리나라가 로마조약을 비준하면 당사국으로서 당연히 검사에게 문제된 사태를 회부하거나 수사를 의뢰할 수 있다. 그런데 우리나라가 비인도적 범죄를 처벌하는 국내법을 제정할 경우, 첫째, 보편적 관할권의 원칙에 따라 관할권을 행사할 수는 있지만, 그 범죄발생지가 외국이고 피해자와 가해자가 모두 외국인으로서 증거수집 및 재판 등의 어려움으로 인하여 관할권을 행사하는 것이 적절하지 않다고 판단되는 경우<sup>75)</sup>와 둘째, 국회의원이 헌법에 정한 면책특권을 이용하여 범죄를 저질러 국내법상 수사와 소추가 불가능한 경우에 어떻게 할 것인가 하는 문제가 있다.

로마조약 전문이 명시한 것처럼 비인도적 범죄에 책임이 있는 자들에 대하여 형사관할권을 행사하는 것이 모든 국가의 의무이므로, 관할권을 행사하여 처벌하는 것이 마땅하지만, 법률상의 이유 또는 정치적인 이유로 관할권을 행사하지 않을 경우에는, 적어도 국제형사재판소에 사태를 회부하거나 수사를 의뢰하여 국제형사재판소에 의해서나마 그들에 대한 수사와 기소가 이루어지도록 하는 것이 국가의 의무를 이행하는 방안이 될 것으로 보인다. 따라서 이런 경우 국제형사재판소에 대한 사태의 회부 또는 수사의뢰를 의무화하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

## 라. 국제형사재판소의 재판과 관련된 협력

### (1) 특정성의 원칙 (로마조약 제101조)

로마조약에 따라 국제형사재판소에 인도된 사람은, 인도의 원인이 된 범죄의 기초를 이루는 행위 또는 행위 과정 외에 인도 전에 한 다른 행위에 대하여는 기소, 처벌 또는 구금되지 아니한다. 이는 재판소가 실제로는 A라는 범죄에 대하여 그 사람

75) 이는 관할권을 행사하여 수사를 하였는데 기소할 필요가 없다고 판단하여 예컨대 기소유예를 한 경우와 다르다. 당사국이 일단 관할권을 행사하여 수사를 하였으나 기소하지 않기로 결정한 때에는 보충성의 원칙에 따라 로마조약 제17조 제1항 (b)에 의하여 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 없다. 그러나 관할권을 행사할 수는 있지만 처음부터 관할권을 행사하지 않기로 결정한 경우에는 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 있기 때문에 이런 경우 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 제기될 수 있다.

을 처벌하고자 하면서 형식적으로는 B라는 범죄를 내세워 그 사람에 대한 인도를 요청하는 것을 막기 위한 것이다<sup>76)</sup>.

하지만, 재판소가 인도 청구이유로 삼지 않았으나 재판소가 관할권을 행사하는 것이 필요한 범죄가 발견될 수도 있는데, 이런 경우 재판소는 재판소에 인도한 국가에 대하여 인도요청의 근거로 삼지 않은 범죄에 대해 기소 및 처벌을 금지하는 로마조약 제101조 제1항의 요건을 포기할 것을 요청할 수 있다. 필요한 경우, 재판소는 로마조약 제91조에 따라 추가 정보를 제공함으로써 실질적으로 새로운 인도절차를 거칠 수도 있다. 이때, 당사국은 재판소에 대하여 그러한 요건의 포기를 허용함으로써, 재판소로 하여금 추가 범죄에 대하여 관할권을 행사하게 할 권한을 가지며, 또한 “그렇게 하도록 노력하여야 한다.”

조항의 문언상으로는 “노력하여야 한다(should endeavor to provide a waiver)”고 규정하고 있으나 그 의미는 재판소의 요청이 있는 경우 포기할 의무가 있다는 뜻으로 해석하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면, 당사국은 재판소의 요청에 따라 인도요청된 사람을 인도할 의무가 있기 때문에, 일단 B라는 범죄를 이유로 인도요청을 하여 인도를 받았다고 하더라도 재판소는 다시 A라는 범죄에 대하여 인도요청을 할 수 있고 이 경우 당사국으로서는 응할 의무가 있기 때문이다.

### (2) 판결의 집행에 대한 협력

국제형사재판소는 독자적으로 형의 집행을 위한 인적, 물적 자원을 보유하지 않고 있기 때문에 재판소가 선고한 판결이 실질적인 효력을 발생하기 위해서는 당사국의 협력이 필수적이다. 비인도적 범죄로 징역형을 선고받은 범죄자에 대한 형의 집행은 뒤에서 살펴보고, 여기서는 피해자에 대한 배상 등을 명령한 판결과 벌금 또는 몰수형의 집행에 대하여도 당사국의 협력에 관하여 설명한다.

76) 범죄인인도법의 경우에도 원칙적으로 인도된 범죄인이 인도가 허용된 범죄 외의 범죄로 처벌받지 아니하고 제3국에 인도되지 아니한다는 청구국의 보증이 있는 경우에 한하여 인도를 허용하게 되어 있다. 범죄인인도법 제10조 참조.

## (가) 벌금 또는 몰수판결의 집행에 관한 협력

국제형사재판소는 로마조약 제5조에 정한 범죄로 인하여 유죄판결을 받은 자에게 무기징역 또는 30년 이하의 유기징역형을 선고할 수 있고, 여기에 덧붙여 절차및증거규칙에 따른 벌금, 그리고 그 범죄로부터 직접 또는 간접적으로 얻어진 수익, 재산 및 자산의 몰수를 선고할 수 있다<sup>77)</sup>.

재판소가 벌금 또는 몰수형을 선고하면, 당사국은 “선의의 제3자의 권리를 침해하지 않고 또한 자국법의 절차에 따라” 벌금 또는 몰수 명령을 실행해야 한다(로마조약 제109조 제1항). 또 당사국 총회는 재판소는 재판소의 관할권에 속하는 범죄의 피해자들과 그 피해자들의 가족을 위하여 신탁기금을 설립하는데 재판소는 벌금 또는 몰수를 통하여 징수한 현금 및 기타 재산이, 재판소의 명령에 따라, 신탁기금으로 귀속되도록 명령할 수 있다(제79조 제1항, 제2항).

따라서 당사국은 당연히 재판소가 선고한 벌금 또는 몰수형을 형을 집행해야 할 뿐 아니라 몰수명령을 실행할 수 없는 경우, 선의의 제3자의 권리를 침해하지 않고, 재판소가 몰수를 명한 수익, 재산 또는 자산의 가치를 회수하기 위한 조치를 취해야 한다(제109조 제2항). 또 이렇게 해서 취득한 재산 또는 부동산 등 재산의 매각으로 인한 수익 등을 재판소로 이전해야 하므로(제109조 제3항), 당사국으로서는 벌금 또는 몰수형을 집행<sup>78)</sup>하여 그로 인한 수익을 재판소로 이전할 수 있는 절차<sup>79)</sup>를 국내법에 정해야 한다.

77) 로마조약 제77조, 무기징역형은 범죄의 극도의 중대성 및 유죄선고된 자의 개별적 정황에 의하여 정당화되는 경우에 한하여 선고할 수 있으며, 유기 또는 무기징역형은 로마조약 제100조의 조건에 따라 재판소에 의하여 감형될 수 있다. 몰수는 선의의 제3자의 권리를 침해할 수 없다. 이는 형법 제48조에 의하여 몰수는 “범인이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인이외의 자가 정을 알면서 취득”한 것에 한하여 가능하다는 요건과 같은 것이다.

78) 국내 법원에 의한 재판의 경우 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행하는데, 검사의 명령은 집행력있는 채무명리와 같은 효력이 있고, 송달을 요하지 않으며 민사집행법의 집행에 관한 규정에 의하여 집행한다. 형사소송법 제477조 참조.

79) 일반적으로 외국과 사이의 거래 또는 지급이나 영수행위는 외국환거래법의 규제를 받는다. 그러나 국제형사재판소의 형집행으로 인한 수익 등을 재판소에 이전하는 데 외국환거래법을 적용하는 것은 적절하지 않으므로, 벌금 또는 몰수형을 집행한 당국이 직접 또는 한국은행을 통하는 등의 방법으로 신속하고 정확하게 그 수익을 적절한 외국통화로 환전하여 재판소에 지급할 수 있는 절차를 규정하는 것이 바람직하다. 이 점에 관하여는 국제금융기구에의 가입조치에관한법률의 규정을 참고할 수 있을 것이다.

## (나) 피해자에 대한 보상판결의 집행 (로마조약 제75조)

재판소는 원상회복(restitution), 손해배상(compensation) 및 복권(rehabilitation)을 포함하여 피해자에 대한 또는 피해자에 관한 보상(reparation)의 원칙<sup>80)</sup>을 제정한다. 그리고 이 원칙에 근거하여 판결선고시에, 피해자에 대한 또는 피해자에 관한 손해, 손실 및 상해의 범위와 정도를 결정한 다음 유죄선고를 받은 자에게 피해자에 대한 원상회복, 손해배상 및 복권 등을 포함하여 피해자에 대한 또는 피해자에 관한 적절한 보상을 하도록 명령할 수 있다.

재판소는 피해자에 대한 보상명령을 집행하기 위하여 필요한 경우에는 로마조약 제93조 제1항에 정한 당사국의 협력을 요청할 수 있고, 당사국은 당연히 재판소의 판결을 집행해야 한다. 그러므로 로마조약의 이행법률은 재판소가 유죄판결을 받은 사람을 상대로 피해자에 대하여 보상할 것을 명하는 판결을 선고한 경우 그 판결이 국내에서 집행될 수 있도록 절차를 마련해야 한다<sup>81)</sup>.

한편, 재판소가 하는 피해자를 위한 보상명령은 국내법 또는 국제법에 의한 피해자의 권리를 침해하는 것으로 해석되지 아니한다는 로마조약 제75조 제6

80) 중대한 범죄의 피해자들의 보상을 받을 권리에 관한 국제법의 원칙에 관하여 가장 기본적인 연구는 Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms, Final report submitted by Mr. Theo van Boven, Special Rapporteur, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 July 1993. 이를 바탕으로 하여 최근까지 발전된 법원칙을 정리한 것은 The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms, Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1993/33, UN Doc. E/CN.4/2000/62, 18 January 2000. 그밖에 Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity중 제32조 내지 제42조(right to reparation), Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political), Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997 참조.

81) 민사소송법은 외국법원의 판결의 효력과 이를 국내에서 집행하는 절차에 관하여 규정하고 있다. 먼저 외국판결은 법령 또는 조약으로 외국법원의 재판권을 부인하지 않아야 하며, 패소한 피고가 대한민국 국민인 경우 공시송달에 의하지 아니하고 소송의 개시에 필요한 소환 또는 명령의 송달을 받았거나 또는 받지 아니한 경우에는 응소하였어야 하며, 외국법원의 판결이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않아야 하고, 외국과 대한민국 사이에 서로 판결의 효력을 인정하는 보증이 있어야만 대한민국에서 효력을 가질 수 있다(제 203조). 확정된 외국판결이 효력을 가지는 경우에 대한민국 법원이 집행판결로 외국판결의 적법함을 선고하면 외국판결에 근거하여 강제집행을 할 수 있다(제476조, 제477조).

항의 규정에 따라 국제형사재판소의 보상판결을 받거나 혹은 그 판결에 따라 보상을 받은 피해자가 국내법에 따라 가해자를 상대로 손해회복을 위한 소송을 제기할 경우, 두 가지 절차 사이의 관계를 설정하는 문제가 제기된다. 예컨대, 국제형사재판소의 판결에 따른 손해배상은 국내법에 따른 손해배상과 아무런 관계가 없는 것으로 볼 수도 있고, 손익상계의 원리를 적용하여 국제형사재판소의 판결에 따른 손해배상 등을 국내법에 따른 손해배상에서 공제하는 방법도 있을 수 있다.

### (3) 형의 집행에 관한 협력

#### (가) 수형자 인수의사 표시

로마조약에 의하면 징역형은 수형자에 대한 인수의사를 표시한 국가의 명단 중에서 재판소가 지정한 국가에서 집행된다(로마조약 제103조 제1항 (a)). 따라서 이 조항의 문언에 따르면 당사국이라고 해서 자동적으로 국제형사재판소에서 징역형을 선고받은 사람을 인수하여 형을 집행할 의무는 없고, 비준과 별도로 재판소에 대해 그 의사를 표시한 경우에 한해 인수의무가 발생한다고 해석된다<sup>82)</sup>.

하지만 형집행자를 인수할 구속력있는 의무는 없다고 하더라도 유죄판결을 받은 사람에 대한 형집행은 로마조약의 체결과 국제형사재판소의 설립으로 인

82) 이와 관련하여 로마조약 제103조 제3항 (a)가 “절차및증거규칙에 규정하는 바와 같이, 공평한 분배의 원칙에 따라 당사국들이 징역형 집행의 책임을 분담한다는 원칙(the principle that States Parties should share the responsibility for enforcing sentences of imprisonment, in accordance with principles of equitable distribution, as provided in the Rules of Procedure and Evidence)”을 언급하고 있기 때문에 형의 집행책임은 인수할 것 인지 여부가 완전한 재량에만 달려 있다고 해석하기 어려운 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 당사국으로서는 “공평한 분배의 원칙에 따라 징역형 집행을 분담”할 책임이 있다고 볼 여지도 있기 때문이다. 절차및증거규칙 초안 제200조 제1항은 “형집행국 명부(list of States of enforcement)”를 “형을 선고받은 사람을 인수하겠다는 의사를 표시한 국가의 명부”라고 표현하고 있고 제201조는 “공평한 분배의 원칙”에 관하여 “공평한 지역적 분배”, “명부에 기재된 각 국가에 형선고자를 인수할 기회의 제공”, “그 나라 및 다른 나라가 이미 인수한 형선고자의 숫자”, “그밖에 관련된 요소들”을 열거하고 있다. 따라서 적어도 로마조약 상으로는 당사국이 형선고자를 인수할 의무가 있다고 보기는 어렵지만, 다른 당사국들과 조약 이행의 부담을 공평하게 분담해야 한다는 원칙에 따른 도덕적 의무는 있다고 할 수 있을 것으로 보인다.

하여 발생하는 필연적인 부담이므로<sup>83)</sup>, 그 부담을 당사국이 “공평한 분배의 원칙”에 따라 부담하는 것은 너무나 당연한 일이므로 수형자를 인수하는 것은 당사국의 정치적, 도덕적 의무라고 할 수도 있을 것이다. 또한 이렇게 함으로써 당사국의 행형제도를 국제인권기준에 따라 재검토하여 인권을 보호하고 향상시키는 계기로 삼을 수 있고, 반인도적 범죄로 유죄판결을 받은 외국인에 대하여 형을 집행함으로써 자국 국민들에 대한 교육의 효과도 기대할 수 있을 것이다. 따라서 우리나라 역시 로마조약을 비준할 때 적극적으로 수형자를 인수하는 것이 바람직하다.

#### (나) 인수할 경우의 의무

당사국이 수형자에 대하여 형을 집행하는 경우, 재판소가 동의한 인수조건을 붙일 수 있다(로마조약 제103조 제1항 (b)). 이렇게 붙이는 조건에 따라 형을 집행하는 외에 재판소가 선고한 징역형은 당사국을 기속하며 당사국은 이를 어떠한 경우에도 변경할 수 없다. 따라서 재판소가 로마조약(제110조)에 따라 감형을 하거나 혹은 상소 나 재심에 의하여 형을 변경하는 경우(제81조 내지 제84조) 외에 당사국의 국내법에 따른 가석방<sup>84)</sup>이나 사면과 감형 등에 관한 절차<sup>85)</sup>를 적용할 수 없다.

수형자에 대한 처우와 형집행의 조건은 “광범위하게 적용되는 국제조약기준(widely accepted international standards)”<sup>86)</sup>에 따라야 하며, 유사한 범죄로 집

83) 수형자를 인수하여 형을 집행하도록 지정되는 국가가 없을 경우에는 본부소재지국, 즉 즉 네덜란드와 재판소 사이의 본부협정에 따라 네덜란드의 수형시설에서 형을 집행한다. 다만, 이 경우 형집행의 비용은 재판소가 부담한다. 로마조약 제103조 제4항, 제3조 제1항, 제2항 참조.

84) 행형법 제49조 내지 제52조, 가석방심사등에관한규칙 참조.

85) 사면법에 의한 제도 가운데 형의 감형에 관한 것으로는 일반사면, 특별사면, 감형 등이 있다.

86) “광범위하게 적용되는 국제조약기준”으로는 예컨대, 시민적및정치적권리에관한국제규약 제10조 및 이 조항의 내용을 구체화한 것으로 해석되는 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; Code of Conduct for Law Enforcement Officials; Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading treatment or Punishment; UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules); Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 등을 들 수 있다.

행국에서 유죄판결을 받고 복역중인 수형자들에 대한 조건들과 같아야 한다(제106조 제1항, 제2항). 따라서 수형자를 인수하여 형을 집행하는 당사국으로서 는 행형에 관한 국내법을 국제조약기준에 따라 개선하지 않으면 안된다.

당사국에 의한 형의 집행은 재판소의 감독에 따라야 하며(제106조 제1항), 형 집행국은 형의 집행에 영향을 줄 수 있는 제반 상황을 재판소에 통보해야 한다(제103조 제2항 (a)). 또한 수형자가 재판소에 대해 이송신청, 상소나 재심 신청을 하는 것을 방해해서는 안되며(제104조 제2항, 제105조 제2항) 수형자와 재판소 사이의 자유로운 의사소통과 비밀을 보장해야 한다(제106조 제3항)<sup>87)</sup>.

집행국은 재판소가 허가하지 않는 한, 수형자가 집행국으로 인계되기 이전에 한 행위에 대하여 기소 또는 처벌되거나 또는 제3국으로 범죄인인도되지 아니 한다. 다만, 수형자가 재판소가 부과한 형을 완전히 복역한 후 집행국의 영토에 자발적으로 30일 이상 머무르거나 또는 집행국에서 출국한 후 그 영토로 다시 돌아온 경우에는 그러하지 아니하다(로마조약 제108조). 이는 형집행국이 재판소가 처벌하지 않은 다른 범죄로 수형자를 처벌할 목적으로 수형자를 인수하여 수사 및 처벌하는 것을 막기 위한 것이며, 범죄인인도를 요청하는 국가가 일반적으로 부담하는 의무를 로마조약도 받아들인 것이다.

## 5. 관련 법률의 개정 및 보완

### 가. 개관

지금까지 우리나라가 로마조약을 비준하면서 비인도적 범죄를 처벌하기 위한 법률과 로마조약의 이행에 관한 법률을 제정할 경우 그 내용에 반영되어야 할

87) 행형법은 수형자와 다른 사람의 서신교환은 원칙적으로 교도소장의 허가를 받게 하고 또한 그 서신을 검열할 수 있게 하고 있다(제18조의 2). 이에 근거하여 행형법시행령은 수용자가 발송하는 서신은 봉합을 하지 아니하고 교도소에 제출하게 하며, 수용자가 수령할 서신은 교도소에서 개봉하여 검인을 찍도록 하고 있으며(제62조 제2항), 법원 기타 공무소에서 수용자에게 송부된 문서는 이를 개봉하여 본인에게 교부하도록 정하고 있다(제64조). 따라서 국제형사재판소와 수형자 사이의 의사소통에는 이러한 규정들의 적용을 배제하여야 한다.

사항들을 살펴보았다. 이 내용들 가운데에는 기존의 국내법에는 없는 제도를 새로 만들어야 하는 것들도 있지만, 로마조약의 특성에 비추어 기존 국내법 조항의 적용을 배제하거나 수정해야 하는 부분들도 포함되어 있다.

하지만, 비인도적 범죄를 처벌하는 법률과 로마조약의 이행법률은 로마조약을 비준하기 위한 기본적인 조건에 지나지 않고, 그밖에도 관련된 여러 국내법을 개정하거나 혹은 새로 제정하는 것이 필요하다고 생각된다. 로마조약의 당사국으로서 부담해야 할 근본적인 의무는 당사국 스스로 비인도적 범죄에 대하여 관할권을 행사하여 이를 수사하고 처벌하는 것이다. 그런데 로마조약의 정신은 국제인권기준에 따라 피의자와 피고인 등 이해관계자의 인권을 보장하면서 범죄를 처벌하고 또한 예방하는 것이므로, 비록 로마조약이 명문으로 선언하고 있는 것은 아니지만, 당사국으로서 비인도적 범죄를 수사하고 처벌하는 과정에서 국제형사재판소가 로마조약에 따라 적용하는 인권기준을 따르지 않으면 안된다고 할 것이다. 그렇지 않으면 당사국의 관할권 행사대상이 되는 범죄자는 국제인권기준에 미달하는 국내법절차에 따라 수사 및 재판을 받음으로써 인권을 침해당하고, 당사국이 관할권을 행사하지 아니하여 국제형사재판소의 보충적 관할권 행사대상이 되는 범죄자는 국제인권기준에 따라 인권을 철저히 보장받으면서 수사 및 재판을 받는다는 모순된 현상이 생기기 때문이다.

한편, 로마조약에 따라 비인도적 범죄를 처벌하는 과정에서 국제인권기준에 따라 수사 및 재판을 해야 한다면, 그것은 당연히 일반적인 국내의 형사소송절차에 적용되지 않으면 안된다. 모든 사람은 평등하게 대우받아야 하며, 특히 일반적인 범죄 피의자와 피고인들이 비인도적 범죄의 피의자와 피고인에 비하여 불리한 대우를 받아서는 안되기 때문이다. 물론 이러한 논리 이전에 대한민국은 시민적및정치적권리에관한국제규약 등 국제인권조약의 당사국으로서 그 조약들을 성실하게 이행할 국제법적인 의무를 부담하고 있으므로<sup>88)</sup> 당연히 국제인권기준에 미달하는 국내의 형사절차법들을 수정하고 보완하여 인권을 보장하지 않으면 안된다.

88) 이 점에 관하여는 특히 인권이사회의 한국 정부 2차 보고서에 대한 권고(UN Doc. CCPR/C/79/Add.114, 1 November 1999) 및 1996년 고문방지위원회의 한국 정부 보고서에 대한 권고(Committee against Torture, 13/11/96. A/52/44, paras. 44-69) 참조.

여기서는 이러한 견해를 바탕으로, 앞에서 살펴 본 것들과 부분적으로 중복되는 측면이 있지만, 로마조약의 기준을 계기로 기존의 법률을 개정하거나 신법을 제정하는 것이 필요하다고 생각되는 부분들을 간략하게 지적하고자 한다.

## 나. 형법 또는 군형법의 개정

### (1) 일사부재리의 원칙

헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 하여 일사부재리의 원칙을 선언하고 있으며 시민적및정치적권리에 관한국제규약 제14조 제7항 역시 “어느 누구도 각 국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위에 관하여서는 다시 재판 또는 처벌을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 물론 이 규정은 대한민국의 법원으로부터 이중처벌을 받지 아니한다는 뜻이므로, 외국법원에 의하여 재판을 받은 범죄에 대하여 국내법원이 다시 재판하는 것을 금지하는 것은 아니다. 이런 전제에서 형법은 “범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다”(제7조)고 규정하고 있다.

하지만, 국제형사재판소는 대한민국이 그 제정과정에 참여한 국제조약에 의하여 설립되는 법원으로서 국내 법원은 아니지만, 그렇다고 하여 단순히 외국 법원과 동일시할 수 있는 것도 아니며 로마조약 역시 국제형사재판소가 당사국들에 대하여 외국 법원과 다른 지위에 있음을 전제로 여러 의무를 부과하고 있다. 따라서 국제형사재판소에 의하여 재판을 받은 범죄 또는 행위에 대하여 당사국의 법원이 다시 재판을 할 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

이에 관하여 로마조약은 “누구도 재판소에 의하여 이미 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방되었던 제5조에 규정된 범죄(crime referred to in article 5)에 대하여 다른 법원에서 재판을 받지 아니한다”고 규정하여(제20조 제2항)<sup>89)</sup> 이 문제

89) 로마조약 제20조 제1항은 “누구도 재판소에 의하여 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방되었던 범죄의 기초를 구성하는 행위에 대하여 재판소에서 재판을 받지 아니한다”고 하여 일사부재리의 원칙을 선언하고 있는데 이는 당연한 원칙을 재확인한 것이다.

에 관한 원칙을 제시하고 있다. 이 규정에 따라 당사국은 국제형사재판소가 재판한 “범죄”에 대하여는 다시 재판을 할 수 없으므로, 재판소가 유죄 또는 무죄의 판결을 한 “범죄”에 대하여 국내법원에 기소가 된 경우에는 형사소송법에 의하면 “확정판결이 있을 때”에 해당하는 것으로 보아 면소판결을 선고해야 할 것이다(제326조 제1호).

문제는 이 조항이 재판소와 국내 법원 사이에 일사부재리의 원칙이 적용되는 대상을 “제5조에 규정된 범죄”라고 명시한 데 있다. 이는 “누구도 재판소에 의하여 유죄로 선고되었거나 무죄로 석방되었던 범죄의 기초를 구성하는 행위(conduct which formed the basis of crime)에 대하여 재판소에서 재판을 받지 아니한다”고 규정한 로마조약 제20조 제1항의 문언과 명백히 다르다는 점에서 그 의미도 다른 것으로 보이기 때문이다. 따라서 재판소가 재판을 한 “(로마조약) 제5조에 규정된 범죄”에 대하여는 국내법원이 다시 재판을 할 수 없지만, 재판소가 재판을 한 “범죄의 기초를 구성하는 행위”에 대하여는 다시 재판을 할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문을 제기할 수 있다. 이는 곧 로마조약 제20조 제1항의 “범죄의 기초를 구성하는 행위”와 제20조 제2항의 “범죄”가 같은 뜻인가 혹은 다른 뜻인가에 따라 해결될 문제이다. 만일 제20조 제2항의 “범죄”를 “범죄행위”의 뜻으로 해석하면 재판소가 재판을 한 범죄행위에 대하여는 국내법원이 다시 재판을 할 수 없다는 뜻으로 보아야 하고, “범죄”와 범죄행위를 다른 뜻으로 해석하면 재판소가 특정한 행위에 대하여 “로마조약 제5조에 규정된 범죄”로 보아 재판을 한 경우, 국내법원은 그 행위에 대하여 로마조약 제5조에 규정된 “범죄”로는 처벌할 수 없지만, 다른 범죄로는 처벌할 수 있다고 해석할 수 있다.

논란의 여지가 없지 않지만, 국제공동체 전체의 관심사가 되는 가장 중대한 범죄만을 처벌하고자 하는 로마조약의 취지에 비추어 볼 때, 재판소가 재판을 한 로마조약 제5조의 범죄로는 국내 법원이 다시 재판할 수 없지만, 그 범죄의 기초가 되는 행위에 대하여는 다시 재판을 할 수 있다고 해석하는 것이 타당해 보인다. 로마조약 제5조에 규정한 범죄는 기존에는 범죄를 형성하지 않은, 근본적으로 새로운 범죄구성요건을 창설한 것이 아니라 이미 일반 형사범으로 처벌할 수 있는 범죄행위가 일정한 요건을 더 갖출 경우에 그 범죄성이 더욱

중대하게 되어 국제공동체 전체가 관심을 가지는 범죄가 된다. 따라서 외형상 기존에 각 국의 국내형사법에 의하여 이미 범죄를 구성하는 행위가 국제형사재판소가 관할대상이 되는 범죄를 구성하는가 여부는 로마조약이 규정하는 특정한 구성요건이 더 존재하는가에 따라 결정된다. 이 추가의 요건이 존재하면 국제형사재판소가 로마조약 제5조에 규정한 범죄로 처벌을 할 수 있지만, 추가의 요건이 존재하지 않으면 국제형사재판소의 관할대상에 속하는 범죄가 아니게 되어 국제형사재판소로서는 무죄판결을 해야 하지만, 여전히 일반 형사법에 의하여 국내 법원이 처벌할 수 있는 행위임에는 변함이 없고 또한 처벌하는 것이 타당할 것이다<sup>90)</sup>. 예컨대, 다수의 사람을 살해한 행위를 로마조약 제6조에 규정한 집단살해죄로 기소하였는데, 재판소는 다수의 사람을 살해한 행위는 인정하지만, 그 행위가 “민족적, 종족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 가지고 행하여진 행위”가 아니라는 이유를 들어 무죄를 선고하는 경우가 있을 수 있다. 재판소는 일반 살인죄를 재판할 권한이 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 살인행위는 여전히 남아 있고 이에 대하여는 국내법원이 다시 재판을 할 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 재판소가 유죄판결을 한 경우에도 마찬가지로 상황이 일어날 수 있다. 로마조약이 규정한 범죄는 대개의 경우 수많은 개별적인 범죄행위의 집합인 경우가 많을 것이고 따라서 동시에 로마조약 제6조 내지 제8조의 다양한 범죄구성요건의 여러 개에 동시에 해당할 가능성이 많이 있다. 이때 국제형사재판소가 적용하지 않은 범죄구성요건을 적용하여 국내 법원이 다시 재판을 할 수 있다고 해석하는 것이 타당한 경우도 있을 수 있다. 따라서 이러한 취지에 맞게 형법의 규정을 정비할 필요가 있을 것이다.

## (2) 중지미수의 처벌면제

90) 그러나 국내법원이 먼저 재판을 한 경우에는 원칙적으로 반대로 된다. 즉 로마조약 제20조 제3항은 “(로마조약) 제6조, 제7조 또는 제8조에 따라 금지된 행위에 대하여 다른 법원에서 재판을 받았던 어떠한 사람도, . . . , 동일한 행위에 대하여 재판소에 의하여 재판을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 다시 말하면, 집단살해죄를 구성할 수 있는 행위를 국내법원이 살인죄로 먼저 재판한 경우에는 국제형사재판소가 이를 집단살해죄로 재판할 수 없다는 뜻이다.

로마조약은 미수범을 원칙적으로 처벌하면서 다만, “범행의 노력을 포기하거나 또는 달리 범죄의 완성을 방지한 자는, 그가 범죄 목적을 완전히 그리고 자발적으로 포기하였다면, 그 범죄미수에 대하여 이 조약에 따른 처벌을 받지 아니한다”고 하여 중지미수는 전면적으로 처벌을 하지 않도록 규정하고 있다(제25조 3항 (f)).

그런데 형법 제26조는 중지미수에 대하여 “범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다”라고 하여 중지미수 역시 처벌할 수 있도록 하고 있다. 따라서 이를 비인도적 범죄에 적용하면 같은 중지미수 행위에 대하여 국내 법원이 재판을 하면 처벌을 할 수 있고, 국제형사재판소가 재판을 하면 처벌받지 아니하는 모순된 결과가 나올 수 있다. 물론 국제형사재판소가 처벌하지 아니하는 행위를 국내에서 처벌한다고 하여 그 자체 로마조약을 위반하는 것은 아니지만, 바람직하지 않은 상황이라고 보아야 할 것이므로 중지범에 관한 형법의 규정을 수정하는 방안을 검토하는 것이 필요하다.

## (3) 사형 폐지 문제

로마조약은 범죄에 대한 형벌을 원칙적으로 최고 30년 이하의 유기징역으로 하되, “범죄의 극도의 중대성 및 유죄선고된 자의 개별적 성향에 의하여 정당화되는 경우”에 무기징역을 부과할 수 있게 하여(제77조) 사형제도를 인정하지 않고 있다. 그런데 “인류의 양심에 충격을 깊은 주는, 상상할 수 없을 정도의 잔학한 행위”로서 “세계의 평화, 안전과 복지를 위협”하여 “국제공동체 전체가 관심을 가지는 가장 중대한 범죄”로 규정된 범죄들에 대하여 사형을 적용하지 않는다는 것은 곧 사형제도를 폐지해야 한다는 국제법의 흐름을 받아들인 것으로 보아야 할 것이다.

물론 로마조약 제80조는 형벌에 관하여 규정한 로마조약 제7부의 어떠한 사항도 “국가가 자국법에 규정된 형을 적용하는 것”에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있으므로 사형을 부과하게 하고 있는 우리나라의 법이 로마조약에 직접 위반하게 되는 것은 아니다<sup>91)</sup>. 하지만, 사형은 인간의 본질인 생명을

91) 형법 제41조 제1호는 형의 종류로 사형을 규정하고 있고, 법정형으로 사형을 규정한 범

박탈하는 잔혹한 형벌로서 헌법에 위반된다고 볼 충분한 근거가 있을 뿐 아니라 국제인권법의 추세 역시 이를 폐지하는 방향으로 나아가고 있다. 한편, 사형을 폐지하지 않을 경우, 같은 범죄에 대하여 국내법원이 관할권을 행사할 경우 범죄자는 사형에 처해질 가능성이 있고, 국제형사재판소가 관할권을 행사하면 사형이 부과되지 않는다는 모순된 결과도 발생한다. 따라서 로마조약의 기준을 계기로 사형제도를 폐지하는 것이 옳고 바람직하다고 할 것이다.

#### (4) 상급자의 위법한 명령에 대한 조치

앞에서 본 바와 같이 로마조약은 상급자의 명령에 의하여 범죄를 저지른 경우에도 형사처벌을 받는다는 원칙을 규정하면서 “집단살해 또는 인도에 반하는 죄를 저지르도록 하는 명령은 명백히 불법적이다”라고 하여 국제법상 당연히 인정되어 오는 원칙을 선언하고 있다(제33조). 그리고 우리나라 대법원도 “공무원이 그 직무를 수행함에 즈음하여 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것”이므로 “소속상관의 명백히 위법 내지 불법한 명령(은) . . . 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무가 없다”고 하여 상관의 명령에 따라 한 범죄행위는 면책사유가 되지 않는다고 거듭하여 판결해 오고 있다<sup>92)</sup>.

죄의 수도 매우 많다. 사형에 대하여는 잔혹한 형벌일 뿐 아니라 “자유와 권리의 본질적인 내용”을 침해하는 형벌로서 헌법 제37조 제2항에 위반한다는 주장이 강력하게 제기되고 있다. 헌법재판소는 사형제도가 바람직하지 않다는 것을 인정하면서도 법리적인 근거를 제시하지 않은 채 위헌이 아니라고 하였다. 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 결정 참조. 그러나 시민적및정치적권리에관한국제규약에 따라 대한민국 정부가 제출한 최초보고서를 심사한 후 인권이사회는 사형을 규정한 범죄가 너무 많다는 점에 염려를 표시하면서 이를 축소하도록 권고한 바 있다. UN Doc. CCPR/C/79/Add.6, 29 July 1992. 한편, 로마조약 제80조 후단은 로마조약이 “정하는 형을 규정하고 있지 아니한 국가의 법”에도 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있는데, 이는 주로 포르투갈이나 살바도르와 같이 무기징역 형도 잔혹한 형벌로 보아 금지하는 법체제를 가진 나라들을 대상으로 한 것이다. 이 점에 관하여는 Venice Commission Report, 각주 35 및 그 본문 참조. 하지만, 우리나라의 경우에도 유기징역형은 15년을 상한으로 하되 형을 가중하는 경우에 한하여 25년까지로 하게 하여(형법 제42조) 30년 징역형을 인정하지 않고 있으므로 이 조항의 대상이 된다.

92) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 판결; 1999.4.23. 선고 99도636 판결 등. 국가공무원법 제57조는 “공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속상관의 직무상의 명령에 복종하여야 한다”고 규정하고 있으며 군형법 제44조는 군인의 경우에 “상관의 명령에 반항하거나 복종

그러나 문제는 상급자와 하급자 사이의 지휘감독 관계로 인하여 상급자의 위법 또는 불법한 명령이라 하여도 하급자가 이를 거부하는 것이 쉽지 않은 것이 일반적이고, 군대의 경우에는 특히 그런 경향이 심하다. 그리고 객관적으로 불법적인 명령이라 하여도 특수한 상황에서는 하급자가 그것을 판단하기가 쉽지 않을 수도 있다. 따라서 이런 경우 하급자로서는 상급자의 명령이 따르면 따르는 대로, 거부하면 거부하는 대로 상당한 위험을 감수해야 하는 이율배반의 상황에 놓일 수 있다. 그러므로 로마조약의 기준을 계기로, 상급자의 명령에 의하여 하급자가 범죄행위로 내몰리는 상황을 막기 위하여 적어도 다음과 같은 제도적인 보완이 필요하다.

- ① 상급자의 위법한 명령에 대하여는 복종하지 않을 의무를 법률에 규정
- ② 위법한 명령을 한 상관에 대한 징계 또는 처벌을 규정. 특히 군대에서 범죄행위를 저지르도록 명령한 상관을 처벌하는 규정의 설치
- ③ 특히 군대의 경우, 상관의 명령이 위법한 명령이라는 의심이 있을 경우 하급자가 이의를 제기하여 그 위법성 여부를 검증할 수 있는 절차 마련
- ④ 로마조약 제33조 2항과 같이 “명백하게 불법적인” 명령을 예시하는 규정
- ⑤ 그밖에 로마조약과 인도법에 관한 교육 등 전쟁범죄나 반인도적 범죄를 예방하고 처벌하기 위한 제도 마련

#### 다. 형사소송법의 개정

##### (1) 검사의 공익적 의무 규정

로마조약은 국제형사재판소의 수사와 재판절차에 관하여 대립당사자주의적인 구조(adversarial system)를 택하면서도 대륙법계의 직권주의적 구조(inquisitorial system)의 요소들로 보완하고 있는데, 특히 국제적인 수사과정에서 피의자가 방어권을 행사하기 위해 증거를 수집하는 데 더욱 큰 어려움을 겪을 수밖에 없다는 점을 고려하여 검사에게 공익적인 의무를 무겁게 부과한 다음 재판소로 하여금 이를 감독하는 역할을 하게 하고 있다<sup>93)</sup>.

하지 아니한 자”를 항명죄로 처벌하고 있는데 대법원의 판결은 이렇게 복종의무가 생기는 명령의 범위에서 위법 또는 불법한 명령을 배제하고 있다.

로마조약은 첫째, 검사에게 “진실을 밝히기 위하여, . . . 수사의 범위를 형사 책임이 있는지 여부를 평가하는데 관계되는 모든 사실 및 증거에까지 확대하며, 그 과정에서 유죄를 증명하는 정황과 무죄를 증명하는 정황을 동등하게 수사”할 의무를 부과하고 있다(제54조 제1항 (a)).

둘째, 검사는 자신이 보유 또는 관리하고 있는 증거 중 피고인의 무죄를 드러내거나 드러낼 수 있는 증거 또는 피고인의 죄를 감경하는 증거 또는 검사가 가진 증거의 신빙성에 영향을 미칠 수 있는 증거라고 검사가 믿는 증거를 가능한 한 신속하게 피고인측에 공개하여야 한다(제67조 제2항)<sup>94)</sup>.

셋째, 검사가 피고인에게 유리한 증거를 수집하기 위한 조치를 하지 않았으나 전심재판부가 피고인을 위하여 필수적이라고 인정하는 증거를 보전하기 위해 일정한 조치가 필요하다고 판단할 경우, 전심재판부는 그 증거를 수집하기 위한 조치를 하지 않은 데 대하여 검사의 의견을 구하며, 검사의 의견이 정당하지 않다고 판단할 경우 전심재판부는 직권으로 필요한 조치를 취할 수 있다(제56조 제3항 (a)).

국내법상 검사는 공익의 대표자로서, 피고인을 위하여 유리한 증거도 수집할 의무가 있다고 할 수 있지만<sup>95)</sup> 법률 규정상 그 뜻이 명백하지 않을 뿐 아니라, 그렇게 해석하더라도 로마조약이 규정하는 바의 “유죄를 증명하는 정황과 무죄를 증명하는 정황을 동등하게 수사”할 의무가 있다는 데까지는 도저히 미치지 않는다. 그리고 검사의 증거개시 의무가 명백하게 규정되어 있지 않기 때문에, 현실에서는 검사가 피의자에게 유리한 증거를 적극적으로 수집하여 공개할 것을 기재하는 것은 거의 불가능하다. 그러나 국가권력을 대표한 수사의 주체로서 검사에 비하여 피의자가 극도로 불리한 위치에 있다는 점은 조금도 변함이 없고 이는 형사소송법의 이념인 당사자주의의 토대를 근본적으로 위협하는

93) William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge Univ. Press (2001), 94-96쪽 참조.

94) 한편 검사는 수사과정에서 관련자의 “연령, 제7조 제3항에 정의된 바와 같은 성(gender), 건강을 포함하여 피해자 및 증인의 이해와 개인적인 상황을 존중하고, 특히 성폭력, 성별 폭력 또는 아동에 대한 폭력이 관련된 경우에는 범죄의 성격을 고려”해야 하며, 로마조약이 규정한 개인의 권리를 완전하게 존중해야 한다(제54조 제1항 (b), (c)).

95) “검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.” 형사소송법 제195조. 이 조항에서 말하는 “증거”의 범위에 피고인에게 유리한 증거도 포함된다고 해석할 수 있다.

정도에 이르고 있는바, 로마조약을 비준하는 것을 계기로 검사의 공익적 의무를 명확하게 규정하는 방향으로 형사소송법을 개정하는 것이 바람직하다.

## (2) 구속영장 발부시 전면적인 실질심사

앞에서 본 바와 같이 재판소의 요청에 따라 당사국이 사람을 구금한 때에는 “신속히 관할 사법당국이 회부하여야 하며” 사법당국은 구금의 형식적 요건을 심사하여 결정하게 되는데, 이는 시민적및정치적권리에관한국제규약 제9조 제3항에 따른 것이므로, 국내의 수사절차에서 피의자를 구속할 때 예외없이 판사가 피의자를 심문하도록 법을 개정하는 것이 바람직하다.

## (3) 피의자와 피고인의 권리 보장

로마조약은 국제인권조약의 기준에 따라 여러 조항<sup>96)</sup>에서 피의자와 피고인

96) 제55조, 제61조(재판전 혐의확인 절차), 제63조(피고인의 출석), 제66조, 제67조, 제68조(피해자와 증인의 보호 및 절차 참여), 제69조(증거) 등 참조. 그중에서도 수사과정과 재판과정에서 피의자와 피고인이 가지는 권리를 열거하고 있는 제55조와 제67조는 다음과 같다.

제55조 (수사중 개인의 권리) ① 이 규정에 따른 수사와 관련하여 개인은 다음의 권리를 가진다. (a) 자신의 유죄를 증명하거나 유죄를 자백하도록 강요받지 않을 권리; (b) 어떠한 형태의 강박, 협박 또는 위협을, 고문을, 또는 다른 어떤 형태의 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌을 받지 않을 권리; (c) 그가 충분히 이해하고 말하는 언어 이외의 언어로 질문받는 경우, 유능한 통역 및 공정성의 요건을 충족하는데 필요한 번역의 도움을 무료로 받을 권리; (d) 자의적인 체포 또는 구금을 당하지 아니하며, 그리고 이 규정에서 확정된 근거 및 절차에 따른 경우를 제외하고는 자유를 박탈당하지 않을 권리. ② 어느 사람이 재판소의 관할권에 속하는 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 근거가 있고, 그 사람이 검사에 의하여, 또는 이 규정의 제9부에 의한 요청에 따라 국가당국에 의하여 신문 받게 될 경우, 그 사람은 신문받기 전에 그에게 고지되어야 하는 다음의 권리를 가진다. (a) 신문받기에 앞서 그 사람이 재판소의 관할권에 속하는 범죄를 저질렀다고 믿을 근거가 있다는 것을 고지받을 권리; (b) 침묵이 유죄 또는 무죄를 결정함에 있어 고려의 요소가 되지 않는 진술거부권; (c) 그 사람의 선택에 따라 법적 조력을 받을 권리 또는 그 사람이 법적 조력을 받지 못할 때 정의의 실현을 위하여 필요한 경우 자신에게 지정된 법적 조력을 제공받으며 그 사람이 비용을 지불할 충분한 자력이 없는 경우에는 무상으로 그 조력을 제공받을 권리; (d) 그 사람이 자발적으로 변호받을 권리를 포기하지 아니하는 한 변호인의 참석하에 신문을 받을 권리.

제67조 (피고인의 권리) ① 어떠한 혐의의 결정에 있어서, 피고인은 이 규정의 규정을 고려하여 공개 심문을 받고, 불편부당하게 진행되는 공정한 심문을 받으며, 완전히 평등하게 다음과 같은 최소한의 보장을 받을 권리를 가진다. (a) 혐의의 성질, 근거 및 내용에 대



의 권리를 보장하고 있는데, 그중에서도 특히 다음과 같은 권리는 국내법에 의한 수사과정에서 피의자와 피고인에게 인정되지 않고 있거나 침해되는 경우가 많으므로 형사소송법을 개정하여 특별히 보장할 필요가 있다.

- ① 자백강요, 강박, 협박, 위협, 비인간적 또는 모욕적 대우를 받지 않을 권리<sup>97)</sup>
- ② 방어를 위한 시간과 시설을 제공받을 권리
- ③ 절차와 증거에 관하여 유능하고 공정한 통역의 도움을 받을 권리
- ④ 범죄혐의에 대하여 고지받을 권리
- ⑤ 묵비권 고지 및 묵비권 행사를 이유로 불리한 추정을 받지 않을 권리
- ⑥ 신문시 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 권리
- ⑦ 재판시작 전 검사가 가진 모든 증거를 공개하게 할 권리
- ⑧ 궤석재판의 예외적 인정과 궤석재판시 피고인의 권리보장<sup>98)</sup>

하여 신속하게, 그리고 상세하게 피고인이 충분히 이해하고 말하는 언어로 통보받을 권리; (b) 방어의 준비를 위하여 적절한 시간과 시설을 가지고, 피고인이 선택하는 변호인과 비밀리에 통신하는 것; (c) 부당한 지체없이 재판을 받는 것; (d) 제63조 제2항을 조건으로 재판에 출석하고, 스스로 또는 자신이 선택하는 법적 조력을 통하여 방어를 수행하고, 피고인이 법적 조력을 받지 못하는 경우 이 권리를 통지받고, 그리고 사법의 이익을 위하여 필요한 경우, 그리고 피고인이 비용을 지불할 충분한 자력이 없는 경우 무상으로, 재판소에 의하여 지정된 법적 조력을 받는 것; (e) 자신에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문하였거나 자신에게 불리한 증인과 동등한 조건하에 자신을 위한 증인의 출석 및 신문을 확보하는 것. 피고인은 또한 항변을 제기하고 이 규정에 따라 적격성이 있는 기타 증거를 제출할 권리; (f) 재판소의 절차 또는 재판소에 제출된 문서중 어느 부분이라도 피고인이 충분히 이해하고 말하는 언어로 되어 있지 않은 경우, 공정성의 요건을 충족하기 위하여 유능한 통역자 및 필요한 번역의 조력을 무상으로 받는 것; (g) 증언하거나 또는 유죄를 자백하도록 강요받지 아니하며 침묵이 유죄 또는 무죄의 결정시 고려의 요소가 되지 아니하는 진술거부권; (h) 자신의 방어를 위하여 선서 없이 구두 또는 서면으로 진술하는 것; (i) 입증 책임의 전환 또는 반증 책임을 부과받지 아니하는 것. ② 이 규정에 정한 다른 공개에 추가하여 검사는 자신이 보유 또는 관리하고 있는 증거중 피고인의 무죄를 드러내거나 또는 드러낼 수 있는 증거 또는 피고인의 죄를 감경하는 증거, 또는 검찰 증거의 신빙성에 영향을 미칠 수 있는 증거라고 검사가 믿는 증거를 가능한 한 신속히 피고인측에 공개한다. 이 항의 적용에 관하여 의문이 있는 경우 재판소가 결정한다.

97) 이와는 다소 다른 맥락이지만, 특정강력범죄의처벌에관한특별법 제11조에 의한 “공판정에서의 신체구속” 조항은 합리적인 이유없이 공판정에서 피고인의 신체의 자유와 방어권, 무죄추정권을 심각하게 침해하는 방향으로 확대하여 해석·적용되고 있는데 노태우 정권 당시 이른바 “범죄와의 전쟁”을 빌미로 만들어진 이 법은 많은 문제점을 가지고 있으며 특히 제11조는 폐지하는 것이 마땅하다.

98) 로마조약 제63조 (피고인 출석하의 재판) ① 피고인은 재판중에 출석하여야 한다. ② 재판소에 출석한 피고인이 계속하여 재판을 혼란시키는 경우 1심재판부는 동인을 퇴정시킬

⑨ 비공개재판의 예외적 인정과 피고인의 권리보장

(4) 피해자와 증인의 절차참여

로마조약에 의하면 피해자들의 개인적 이해가 영향을 받는 경우, 재판소는 적절한 절차의 단계에서 피해자들이 직접 또는 대리인을 통하여 의견(views) 및 우려(concerns)를 제시할 수 있도록 허용해야 한다(제68조 제3항).

피해자들<sup>99)</sup>은 대리인을 선임할 수 있는데, 대리인은 재판부가 결정하는 바에 따라 심문을 포함한 절차에 참여할 수 있으며 대리인이 한 구두 또는 서면진술에 대하여 검사 및 변호인은 의견을 제시할 수 있다. 대리인은 또 재판부의 허가를 받아 증인을 신문할 수도 있으며, 이러한 피해자들의 권리를 보장하기 위해 재판소는 피해자들과 그 대리인에게 절차의 진행에 관하여 통보해 준다. 피해자들이 대리인을 선임할 수 있는 자력이 없는 경우 재판소의 사무처로부터 재정지원을 포함한 지원을 받을 수 있다<sup>100)</sup>.

우리나라에서도 법원은 범죄 피해자의 신청이 있는 경우 원칙적으로 피해자를 증인으로 신문하고 “당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회”를 주게 되어 있다<sup>101)</sup>. 하지만, 로마조약과 절차및증거규칙이 정하는 수준에 비하여 그 권리보장의 정도가 미흡하므로 이를 보완하는 것이 바람직하다.

(5) 위법 수집 증거의 배제원칙

로마조약은 증거의 수집과정에서 로마조약을 위반하거나 혹은 “국제적으로

수 있으며, 피고인이 재판정 밖에서, 필요한 경우 통신기술을 이용하여, 재판을 관람하고 변호인에 지시하도록 조치를 한다. 그러한 조치는 다른 합리적인 대안이 불충분하다는 것이 확인된 후 오직 예외적인 상황에서만, 그리고 엄격히 필요한 기간 동안만 취하여진다.

99) “피해자들(victims)”이란 국제형사재판소의 관할대상이 되는 범죄가 자행된 결과로 인하여 피해를 입은 자연인들(natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court)을 의미하며, 재산에 대하여 직접 피해를 입은 단체 또는 기관을 포함할 수 있다. 절차및증거규칙 초안 제85조 참조.

100) 절차및증거규칙 초안 제89조 내지 제93조 참조.

101) 형사소송법 제294조의 2.

승인된 인권을 위반한 경우”, 그 위반으로 인하여 증거의 신빙성에 상당한 의심이 야기되거나 혹은 그 증거의 채택이 절차의 완전성에 반하고 이를 중대하게 침해할 때(the admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings)에는 그 증거를 채택해서는 안된다고 규정하고 있다(제69조 제7항).

국제형사재판소가 어떤 경우에 로마조약이나 “국제적으로 승인된 인권을 위반”한 증거수집이 “절차의 완전성에 반하고 이를 중대하고 침해”한다고 결정할지 미리 예측하기는 어렵다. 하지만, 우리나라의 경우에는 “고문 · 폭행 · 협박 · 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정”되는 자백에 한해서만 증거능력을 부인하고 있을 뿐<sup>102)</sup> 그밖에 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력은 배제하지 않고 있다<sup>103)</sup>.

그러므로 국제형사재판소가 로마조약에 정한 “절차의 완전성”을 어떤 의미로 해석할 것인가 하는 문제와 별개로, 증거의 채택에 관한 우리나라의 제도는 로마조약에 비하여 피의자의 인권보호에 뒤떨어진다고 평가할 수밖에 없고, 이를 시정하는 것이 바람직하다.

#### (6) 수형자의 권리보장

앞에서 살펴 본 바와 같이 로마조약은 수형자에 대한 형의 집행은 “광범위하게 인정되는 국제조약기준과 부합”해야 한다고 규정하고 있으며, 형을 집행하는 국가는 피구금자와 재판소 사이의 의사소통의 비밀을 보장해야 하고, 또한 형의 집행에 관하여 재판소의 감독을 받아야 한다. 또한, 피구금자의 일시적 이전 등을 위하여 재판소와 협력할 의무가 있으므로, 이러한 내용에 따라 행형법과 관련 법령을 정비해야 한다.

102) 헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제309조.

103) “압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건 자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다”고 한 대법원 1987.6.23. 선고 87도705 판결과 같이 대법원의 일관된 견해는 위법한 방법이나 절차에 의하여 증거가 수집하여도 증거능력이 있다는 것인데 이렇게 되면, 증거능력을 배제하여 수사과정의 위법을 견제하고 피의자의 인권을 보호하는 것은 매우 어렵게 된다.

#### 6. 맺는 말

지금까지 로마조약의 비준을 위하여 새로 제정하거나 정비해야 할 국내법의 내용에 관하여 간략하게 살펴보았다. 구체적인 내용에 관하여는 더 많은 연구가 필요하겠으나, 로마조약이 규정하고 있는 범죄를 처벌하기 위한 법률과 국제형사재판소의 수사와 재판과정에 필요한 협력을 제공하는 데 필요한 법률을 제정하는 것이 로마조약에 의하여 부과된 당사국의 의무를 이행하는 데 필요한 직접적이고도 최소한의 과제라고 할 수 있다. 한편, 우리나라 헌법에는 로마조약과 직접 충돌하는 규정은 없는 것으로 보여 당장 조약을 비준하는 데에는 커다란 장애가 없지만, 앞으로 헌법을 개정하는 경우에는 국회의원의 면책 특권이나 대통령의 불기소특권 등과 관련하여 보완이 필요하다.

한편, 궁극적으로는 범죄의 발생을 예방하고 인권을 보호와 향상에 기여하고자 하는 로마조약의 정신을 굳이 거론하지 않는다 하더라도, 모든 사람을 평등하게 대우하고 국제인권규범에 따라 인권을 보호하고 향상시킬 헌법상의 의무를 이행하기 위해서는 범죄 수사와 재판 및 형집행의 과정에서 로마조약과 국제인권기준에 미달하는 국내의 법과 제도, 관행을 적극적으로 찾아내 개선하는 것이 필요하다. 물론 이를 위해서는 상당한 수의 국내법을 개정해야 하고, 그 과정에서 많은 연구와 토론이 필요할 것이므로, 그 작업이 끝날 때까지 로마조약의 비준을 미룬다는 것은 옳지 않을 것으로 보인다. 그보다는 기본적인 의무를 이행하는 데 필요한 법률을 제정하면서, 그와 동시에 로마조약의 비준절차를 신속하게 밟은 다음, 이를 계기로 국내의 법과 제도를 국제인권기준에 맞도록 개선해 나가는 과제를 정부와 국회가 분명히 인식하고 학계와 법조계, 시민사회와 협력하여 단계적으로 추진해 나가는 것이 바람직한 방향이라고 할 것이다.

로마조약을 우리와 무관한 어느 나라, 혹은 추상적인 수준의 인권문제를 다루는 것으로 받아들여서는 안된다. 그 조문에 열거되어 있듯이 “집단살해”, “반인도적 범죄”, “전쟁범죄” 등의 잔혹한 범죄들은 바로 우리의 현대사에서 수도 없이 저질러졌으며, 그러한 범죄가 국가의 법과 제도를 비롯한 우리 사회의 전반적인 구조와 환경, 국민들의 의식, 그리고 개인들의 삶에 드리운 그늘

에서 어떻게 벗어날 것인가 하는 문제를 두고 아직도 모색을 거듭하고 있는 실정이다<sup>104</sup>). 이렇게 본다면, 로마조약의 비준과 비준을 위한 국내법의 정비는 단순히 법 기술적인 문제에 그치는 것이 결코 아니다.

대한민국의 국가와 시민사회는 성찰의 자세로 자신의 과거와 진실하게 대면하고 그것을 통하여 미래를 향한 비전을 모색할 능력이 있는가<sup>105</sup>), 로마조약의 비준문제를 검토함으로써 우리가 답해야 하는 진정한 질문은 바로 이것이라고 생각한다.

104) 이 점에 관하여는 김동춘, *전쟁과 사회*, 돌베개 (2000), 197-286쪽 참조. 이 책 286쪽에 있는 김동춘의 다음과 같은 말은 반인도적 범죄의 책임자를 처벌하는 제도정비의 중요성을 잘 설명해 준다. "전쟁시의 학살은 국가탄생의 비밀이다. 국가는 자신의 출생비밀을 철저하게 감추려 한다. 그러나 출생은 일생을 지배할 수밖에 없다. 학살은 과거의 일이지 만, 학살을 저지른 국가는 그 이후의 정치 과정에서 민간인들에게 그러한 행동을 반복하기 때문이다. 그리고 피학살자는 국가 건설의 희생양으로 그냥 사라지는 것이 아니다. 그들의 원혼, 망가진 몸, 남은 가족들의 고통은 국가가 그 이후 계속 저지를 수 있는 추가적인 학살과 정치권력의 신뢰 상실, 권력 남용, 인권의 침해, 도덕의 붕괴를 예고한다."

105) 이러한 문제의식에 관하여는 이삼성, *20세기의 문명과 야만*, 한길사 (1998), 49-61쪽 참조. 이 글에서 더 깊게 논의할 여유는 없으나 특히 "참을 수 없는 비극'에 비추어 볼 때 '초연함과 냉정함'이 오히려 더 '두려운' 것일 수 있는데, 이를테면 그것이 통제의 결과가 아니라 이해력 결핍의 명백한 징후인 경우에 더욱 그렇다"라는 한나 아렌트의 지적은 새겨볼 필요가 있다.